
DIREITO COMERCIAL

PRELECÇÕES

DO

DR. INGLEZ DE SOUZA

PROFESSADAS

NA

Faculdade Livre de Sciencias Jurídicas e Sociaes do Rio de Janeiro

COMPILADAS

PELO

Bacharel Alberto Biolchini

COM REVISÃO DA CADEIRA

—
2º EDIÇÃO

Obra adoptada oficialmente

—

FRANCISCO ALVES Et C.^a

RIO DE JANEIRO

Rua do Ouvidor, 166

S. PAULO

Rua de S. Bento, 65

BELLO HORIZONTE

Rua da Bahia

“A EDITORA”

50, Largo do Conde Barão, 50

LISBOA

—
1910

Os exemplares serão rubricados pelo autor

PREFACIO

Um dos mais distintos alumnos da Faculdade de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro, de cujo corpo docente me honro de fazer parte, teve a feliz iniciativa de compilar e publicar as sabias prelecções do meo eminente collega Dr. H. Inglez de Souza. Um tal empreendimento é digno do maior louvor, não só pelo merito intrinseco do trabalho, como pela incontestavel utilidade que de sua publicação resulta, principalmente para a mocidade que frequenta as nossas faculdades jurídicas. O Dr. Inglez de Souza não precisa de ser apresentado ao publico brasileiro. Quem tem como elle, a sua reputação de jurisconsulto e de litterato feita, quem escreveo o *Missionario* e os *Titulos ao portador*, não precisa de que sobre qualquer producção de sua vigorosa mentalidade se chame a attenção. O seu nome impõe-se como o de uma autoridade no assumpto, autoridade conquistada pelo talento e pelo trabalho, autoridade, não do genero *medalhão*, mas autoridade moderna, prograssista, que sabe acompanhar a evolução jurídica do tempo e do meio em que vive.

Nas prelecções de direito commercial, ora publicadas, encontram-se as mesmas qualidades que constituem a característica, que firmão a individualidade do emerito homem de lettraa. Não ha nellas rebuscamentos de estylo, soluções imprevistas, interpretações inesperadas, concepções extranhas, nem analyses casuísticas dos textos legaes estudados. O estylo, como convém ao verdadeiro professor, é claro, conciso, fluente e, sem esquecer os elementos, os principio", que constituem a verdadeira sciencia, aborda todas as materias do programma de ensino, com a mesma proficiencia, com o mesmo methodo, inattacavel sob o ponto de vista didactico. Se o programma foi perfeitamente organizado, a sua execução nada deixou a desejar.

Não se limitando á exegese arida do texto legal, nem ao commentario secco do Codigo Commercial, artigo por artigo, o egregio professor, utilizando-se com vantagem do methodo comparativo, hoje tão em vigor no ensino, na sciencia jurídica, com o auxilio inestimavel da legislação comparada, procura esclarecer, illustrar o canon juridico, mostrando a sua razão de ser, dizendo do seo elemento historico, procurando preencher-lhe as lacunas, confessando as falhas existentes, attenta a distancia que separa a nossa epocha da data da sua elaboração, esforçando-se por accommodal-o, segundo as regras de, uma boa hermeneutica, por uma interpretação adequada ás condições do nosso meio social e da nossa vida economica e, ao mesmo tempo, assignalando as tendencias e aspirações do futuro, e d'esta arte formando a consciencia juridica dos jovens alumnos com elementos seguros, attendendo para a *lei* e para o *espírito* que a deve vivificar. Levando, demais, para a cathedra de professor as lições e ensinamentos adquiridos na vida pratica, nas lides forenses, nos auditorios e tribunaes, como advogado que é, e dos mais conceituados, o illustre collega consegue dar ao seo curso um character ao mesmo tempo theorico e pratico, sabendo, sem desprezar os princípios, descer da região serena em que elles plainão, ao invio e accidentado terreno da jurisprudencia quotidiana, da luta processual, da applicação do direito constituído ao facto occorrente com toda a sua mutabilidade. Deste modo consegue tornar o ensino ao mesmo tempo theorico e pratico, scientifico e social, affeiçoando o senso juridico do alumno e satisfazendo plenamente as duas condições objectiva e subjectiva, indispensaveis para o exito de qualquer ramo de ensino, importancia da materia que o constitue e certeza do proveito e utilidade que delle resulta.

As prelecções ora compiladas e publicadas graças ao intelligente esforço e actividade do jovem futuro collega, que assim quiz dar mais uma prova publica do seu amor ao estudo das lettras jurídicas, abrangem quasi todo o programma de ensino, adoptado pela Faculdade, de accordo com o regimen official.

Na INTRODUÇÃO estuda o *commercio em geral*, sua historia e evolução, quer sob o ponto de vista juridico, quer sob o ponto de vista economico, a especialisação do direito mercantil e as tendencias actuaes para a unidade do direito privado — o sonho prophetico do genial espirito do grande jurisconsulto brasileiro Teixeira de Freitas — mostrando ao mesmo tempo as relações e afinidades scientificas do direito commercial com as demais sciencias sociaes e jurídicas. Na PARTE PRIMEIRA do *commercio em geral* sob o ponto de vista das pessoas, dos contratos, merecendo especial cuidado tudo o que se refere a formação e constituição das sociedades commerciaes e obrigações contratuas, de accordo com as mais modernas theorias. Na PARTE SEGUNDA trata do *commercio maritimo*, estudando desde o navio considerado em sua estructura physica e jurídica até a avaria, sua qualificação, liquidação, repartição e contribuição. E' profundamente lamentavel que a escassez do tempo não permittisse ao illustre docente tratar da PARTE TERCEIRA do programma, que tem por objecto a *fallencia*, quer no seo aspecto commercial, quer no seo aspecto criminal e que é um dos assumptos de maior relevancia, entre os que constituem o quadro do direito commercial, e sobre o qual largos e esclarecidos ensinamentos poderiam ser dados pelo illustrado professor.

As prelecções de direito commercial ora compiladas, foram revistas pelo seo digno prelector, o que é uma garantia da sua exactidão e autenticidade e, incontestavelmente, a sua publicação constituo um verdadeiro serviço, prestado não só á literatura juridica em geral, como principalmente á mocidade que frequenta os cursos juridicos de nosso paiz.

Rio — 4 de Agosto de 1906.

TARQUINIO DE SOUZA.

As notas de aula, que o distincto quintannista Sr. Alberto Biolchini compilou e agora reúne em volume, não têm, nem podem ter outro valor, senão o de lições succintas, mais de caracter pratico do que theorico, resumidas para, no estreitissimo espaço do anno lectivo, dar aos alumnos da Faculdade de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro, algumas noções do direito commercial brasileiro.

Colhidas de exposição oral desacompanhada de qualquer auxilio que não o da memoria da lente, foram em alguns pontos completadas na redacção que lhes deu o compilador, mostrando assim não ser um simples apanhador de postillas, mas ter estudo proprio e consciencioso, no que muito bem o guiam a sua intelligencia privilegiada e a excelente base que possúe de humanidades.

Propriamente da cadeira é a doutrina, e essa mesma carecia de maior desenvolvimento para a sua exacta comprehensão, que o laconismo das notas por vezes prejudica. Revendo-as nas provas typographicas não houve tempo nem espaço para sanar o inconveniente, roas como estes apontamentos são apenas destinados a estudantes que de mais segura e abundante fonte hão de posteriormente haurir completo conhecimento da materia, aquiesci á publicação, deixando-me convencer de alguma utilidade proporcionada pelo trabalho do meo antigo discípulo, em breve collega estimado, aos que iniciam o estudo do nosso direito mercantil, attenta a grande deficiencia de compendios.

Se aos meos actuaes discípulos e aos futuros alguma vantagem trazer a publicação deste opusculo, ter-me-ei por compensado do risco a que me exponho, sujeitando-o, tão desapercibida e despreocupadamente, á critica dos competentes, em cujas mãos vá por acaso elle cair.

Rio, Julho de 1906.

INGLEZ DE SOUZA.

S. Paulo, 5 de Agosto de 1906.

Acabo de lêr as prelecções professadas por Inglez de Souza, na sua cadeira de direito commercial na faculdade Livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro, e ora compiladas pelo talentoso academico sr. Alberto Biolchini. São lições, que a claresa e o acerto na doutrina tornam de largo proveito, em assumpto de que não curam em geral os jurisconsultos patrios. Ali se revela a cultura jurídica do emerito professor e o apuro e esmero com que enfrenta e resolve as mais arduas questões de um ramo de direito positivo, que evoluindo sempre, offerece por isso os mais inesperados aspectos no desdobramento das relações jurídicas. Ha muito, pois, que apprender nessas lições, despretensiosas mas sans. Um proveitoso estímulo para impedir que defínhe o culto do nosso direito.

Foram estas as impressões que tive da leitura dessas lições de direito. Publicando-as, o sr. Biolchini concorreu e em muito para o adeantamento dos alumnos, e deu precioso subsidio aos mestres de direito.

BRASILIO MACHADO.

Am. ° Snr. Biolchini.

Li com o mais intenso jubilo o trabalho que ides publicar: — Prelecções professadas pelo Snr. Dr. Inglez de Souza na cadeira de Direito Commercial d'esta Faculdade — e por vós compiladas. E' um trabalho que aproveita ao eminente professor, ao discipulo illustre, aos futuros estudantes e á nossa querida Faculdade.

A precisão, a clareza e a correcção da forma do insigne litterato, unidas á revelação inequívoca da profunda erudição do commercialista, dignificam o professor que tanto lustre tem sabido dar á nossa Faculdade. E' justo que da admiração dos discípulos participem os mestres do direito e a publicação do livro possibilita este facto.

Quanto ao compilador — apraz-me consignar aqui, o conceito em que sempre o tive e que tantas vezes manifestei aos meus collegas: é um dos mais distinctos alumnos da Faculdade — tanto pela lucidez e cultivo de sua intelligencia, quanto pela sua exemplarissima correcção sob todos os pontos de vista em que se a deva exigir de um estudante. A compilação não podia ter sido confiada a melhor obreiro.

Os futuros estudantes encontrarão, de certo, no livro a facilidade de que carecem para estudar as sabias licções do mestre, economisando tempo para outras investigações nos vastos domínios do direito.

E á nossa querida Faculdade se depara ensejo de confirmar publicamente a opinião por mim emittida no dia 1.º de Junho do corrente anno, quando tomei posse do cargo de Director: a briosidade d'e ta escola tem sabido manter com galhardia as gloriosas tradições de aproveitamento e disciplina que tanto ennobrecem esta instituição no conceito publico.

Adeus, meu caro Biolchini, acreditei na sinceridade dos votos que faço para que na vossa vida publica, prestes a iniciar-se, novos louros se ajuntem áquelles que com tamanha justiça vos couberam n'esta Faculdade.

LIMA DRUMMOND.

Faculdade Livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro, 4 de Julho de 1906.

Rio de Janeiro, 31 de Julho de 1906.

Illm^o. Snr. Alberto Biolchini

Meo distincto discipulo e am.^o

Percorri, com verdadeiro interesse, uma por uma, as paginas do livro que contem a compilação das licções de Direito Commercial, professadas pelo emerito lente e jurisconsulto, o Exm^o Snr. Dr. Herculano Inglez de Souza, meo sympathico collega e amigo.

Estas prelecções, só por si, são um testemunho eloquente da proficiencia de quem na cathedra, no livro e nos tribunaes tem illustrado as letras jurídicas e honrado a nossa patria

Nada, portanto, accrescentarei sobre o inconcusso merecimento deste trabalho: — seria superfluo.

Mas o que não posso calar é o sentimento de minha admiração pelo modo criterioso e sobrio com que soubestes ordenar as notas, tomadas em aula, apresentando-as sob a forma de uma compilação synthetica, precisa e clara.

O vosso livro não ficará somente como um marco milliaro para assignalar aos vossos condiscípulos a epoca feliz e saudosa da vida academica, servirá tambem de expressiva e convincente prova da comparticipação desta mocidade estudiosa, de que sois um digno representante, no renascimento que, actualmente, se nota em todos os ramos da actividade scientifica, moral, social e economica, preparando para o Brasil, mais largos e nobres destinos.

Acceitai as sinceras felicitações do

Mestre e am.^o

ALFREDO BERNARDES DA SILVA.

Direito Commercial; prelecções professadas pelo Sr. Dr. Inglez de Souza, na Faculdade Livre de Sciencias Juridicas e Sociaes do Rio de Janeiro, e compiladas por Alberto Biolchini, 5º annista, com revisão da Cadeira —S. Paulo, 1906.

Um bom serviço prestou o academico acima citado, publicando as eruditas prelecções do cathedratico de Direito Commercial da Faculdade em que faz o seo curso. Demonstrou assim que procura aproveitar dos estudos que faz, e ao mesmo tempo dissemina pelos estudiosos os elementos que lhe serviram para seos proprios trabalhos.

As prelecções guardam a ordem do respectivo programma, e, dest'arte, com o roteiro intelligente e scientificamente preparado, são precioso auxilio, quer aos discipulos, quer aos collegas, que por necessidade de rapida consulta, procurarem o livro para solução de um ou outro assumpto, em que seja de bom conselho saber da licção dos mestres.

O professor Inglez de Souza revestiu as suas prelecções de simples e modestos atavios; usou nellas a linguagem sã e correcta dos que conhecem o que seja estudar, sem soccorrer-se de fórmulas requintadas e pedantes, com que certos autores procuram disfarçar a pouca valia das próprias obras. E, no entanto, manteve a vernaculidade da lingua, facilitando, assim, o rapido estudo das disciplinas professadas, pelo nivel regular em que se mantem.

Desde a introducção em que define o commercio em geral e a sua historia, faz o livro a analyse da evolução do contracto e compara a marcha identica entre essa evolução e a do commercio; è, em succinto relancear de olhos pela theoria das obrigações deduz a sua opinião dando como fundamento racional do Direito o contracto e, estudando *pari-passu* as outras opiniões, especialmente as que fazem consistir esse fundamento no delicto e no quasi delicto, termina com ligeira referencia á negativa

apposta pelo decreto 3257 de 1899 á redacção do artigo 291 do Codigo Commercial.

Passa depois o autor á definição e ao estudo do que seja industria, qual o seu objecto, quando commercial, e suas relações, identidades e differenças do Direito Commercial, estudando criteriosamente as tendencias do corpo de legislação do Brasil para a unidade do Direito Privado, para o que expende as razões historicas da formação especifica do Direito Mercantil, que o A. qualifica de excepção, attentatoria do principio da igualdade social, mantendo uma classe privilegiada, cousa aliás contraria aos princípios constitucionaes da Republica que, por sua vez, mantendo a legislação penal militar, por seu lado sancionou a excepção, tanto combatida, e justamente, pelo Autor, que ainda no seu III Capitulo, ao estudar a autonomia do Direito Mercantil, no momento actual da sciencia e da legislação, reitera as suas observações tendentes ás vantagens da unificação do Direito.

N'esse mesmo Cap. III o A. estuda o que sejam actos de commercio, expondo e discutindo o Regulamento 737 que os enumera, indicando uma definição perfeitamente razoavel e consoante ás opiniões expendidas.

Na lista bibliographica que o professor Inglez de Souza dá no seu Capitulo IV, quando enumera as fontes actuaes da legislação commercial, não vimos citados, quer os *Princípios de Direito Mercantil* de Silva Lisboa, Visconde de Cayrú, quer a *Introducção* a esse monumento de direito commercial, trabalho longo, erudito, minucioso do finado Senador Candido Mendes de Almeida, que mereceu da critica jurídica e historica referencias honrosissimas e que é, incontestavelmente, um dos mais completos resumos da historia do commercio que teem sido publicados.

Depois de analysar as relações do Direito Mercantil com as outras sciencias e de estudar e dar a noção do que seja o commerciante nos Capítulos V e VI, refere-se o A. no VII e VIII, — ás sociedades

commerciaes, definindo-as, especificando-as, estudando-lhes a personalidade e demorando-se nas sociedades de facto, as consideradas como meras communhões mercantis.

O IX Capitulo é dedicado ás sociedades anonymas, em commandita por acções, e, ás mixtas, e n'este capitulo occupou-se especialmente o autor das obrigações ao portador, *debentures*, analysando ponderadamente esta instituição e apresentando a opinião de que não é o *debenture* titulo hypothecario, e sim, chirographario, com preferencia apenas aos títulos chirographarios communs.

Até esse ponto do programma chegam os fascículos que temos em mãos. O criterio de exposição dos princípios, a segurança na manifestação das opiniões, a fórmula simples e methodica das prelecções são patentes, dos que até agora teem sido publicados. Não hesitarei pois em recommendar as Prelecções de Direito Commercial do professor Jnglez de Souza aos jovens candidatos á brilhante carreira do Direito, e aos collegas que se dedicam ao cultivo das letras jurídicas. Seja-me licito finalmente louvar o activo Sr. Alberto Biolchini pela correcção com que conseguiu tão inteiramente reproduzir as excellentes prelecções do seo eminente mestre.

Rio — 26 de Julho de 1906.

DR. FERNANDO MENDES DE ALMEIDA

(da Faculdade Livre de Sciencias juridica e Sociaes do Rio de Janeiro e da Academia da Commercio.)

Dous foram os motivos que me levaram a publicar esta compilação. Primeiramente, o desejo de fazer conhecidas as sabias licções do douto Mestre, professadas no decurso de dous annos (1904-1905), não me julgando eu com o direito de reservar egoisticamente para mim o proveito que delias me foi dado haurir.

E depois uma ambição — a de offerecer aos meos collegas — antes de nos despedirmos das lides academicas para enfrentar as lutas da existencia, antes do abraço da separação — um mimo que nos mantivesse constantemente unidos pela lembrança e nos fizesse reviver sempre os saudosos dias da Faculdade.

Nenhuma joia mais preciosa encontrei do que esta. Na verdade, ella não me pertence e sim ao Mestre; mas como representa um pequeno esforço meo e alguma boa vontade, satisfeito ficarei si attingir o escopo collimado, embora ornando-me com alheios atavios.

Rio — 1906

ALBERTO BIOLCHINI.

Ao publicar a segunda edição deste modesto trabalho, sinto-me no dever de confessar o meu profundo reconhecimento pela benevola acceitação que elle encontrou.

E si, depois disso, alguma coisa pudesse lisonjear-me, seria certamente, o facto de terem apparecido, posteriormente, outras publicações da natureza desta, e cujos autores não se dedignaram seguir de perto a trilha que encontraram traçada.

Certo de que será devidamente apreciado o meu esforço de bem servir aos estudiosos do Direito Commercial, peço-lhes a continuação do seu favor.

Rio — 1908.

ALBERTO BIOLCHINI.

INTRODUÇÃO

I

Do commercio em geral, definição e historia. — Evolução do contracto, parallelismo entre essa evolução e a do commercio. — Theoria das obrigações. — O contracto como fundamento racional do Direito.

1. — Commerciar, no sentido economico, é haver do productor a riqueza por elle destinada ao consumo, para offerecel-a ao consumidor. Assim, a funcção do commercio, economicamente encarado, é a de fazer circular e entregar ao consumo a riqueza produzida; ou, por outras palavras, o commercio toma a seu cargo a phase intermedia do cyclo que a riqueza deve percorrer e em cujos extremos se acham, de um lado, o productor e de outro, o consumidor.

E' este o primeiro requisito que caracteriza o commercio: servir de intermediario entre productor e consumidor.

Mas, do mesmo modo que o productor, ao des-fazer-se da riqueza que produziu, procura para si uma utilidade; do mesmo modo que o consumidor auferir delia uma utilidade, pela satisfação da necessidade correspondente, assim tambem aquelle que, pela sua intromissão, facilita a um e outro a utilidade almejada, tem e deve ter o intuito de colher uma vantagem, visa o lucro.

Eis ahi o segundo característico do commercio: o escopo de lucro.

Nesses dous caracteres, entre os quaes passa uma relação de causa para effeito, se encontra o conceito cabal do que seja o commercio: cada vez que se dá uma interferencia entre productor e consumidor, com fim de lucro, ahi se desenha nitidamente um acto de commercio.

A noção em si nada tem de difficil; mas como o commercio não é sinão uma serie de actos, 6 como esses actos se apresentam sob as mais variadas fórmas, é bem de ver a quasi impossibilidade de enfeixal-os todos numa definição; é por isso que as legislações evitam formulal-a, entre ellas a nossa.

Entretanto, o proprio conceito acima enunciado, embora de uma evidencia palpavel, só foi pela primeira vez descoberto pelo eminente Romagnosi. Anteriormente a elle, desde Ulpiano, que no tit.º 19 § § 4.º e 5.º de regulis dizia "*lato sensu commercium est entendi vendendique invicem jus*" isto é, o direito de comprar e vender reciprocamente, entendia-se que o commercio se limitava á compra e venda. Realmente, a compra e venda é basica no commercio, é o fundamento delle, porque, em rigor, todo acto de commercio se resolve numa compra e venda. Não é menos verdade, porém, que a ella faltando o intuito de lucro, não se lhe pode descobrir um ponto de differenciação, pelo qual deva ser classificada como acto de commercio e não como acto commum.

Por essa theoria, tanto pratica um acto de commercio o individuo que compra para revender, como o que compra para consumir; e por ahi se releva a sua falsidade.

Para Verri e outros, o commercio consistia no transporte, isto é, em deslocar a riqueza do lugar da producção para o lugar do consumo. Sem duvida, a idéa de transporte acha-se intimamente ligada á de commercio, o que não obsta que possa haver commercio sem transporte, como transporte sem commercio.

Romagnosi, pois, assignalou o character de intervenção de todo o acto mercantil e formulou claramente o verdadeiro character especifico do commercio, dizendo ser a funcção pela qual um dá livremente e outro retribue livremente uma cousa respectivamente estimada util, com reciproco contentamento.

Vemos que elle baseia o commercio na *troca interessada*, o que veio alterar inteiramente a noção que se tinha do commercio. Mas o seu conceito ainda é amplo de mais, porque nem toda troca constitue operação commercial e sim, apenas, a troca feita para nova troca, isto é, a compra para revender, bem entendido, visando um lucro.

Assim, estabelecido que o commercio consiste na interposição entre productor e consumidor com fim de lucro, não se deve dahi concluir que, deixando-se de apurar o lucro, deixe tambem de existir um acto de commercio. Si um individuo adquire mercadorias com o intuito de revendel-as, pratica um acto de commercio, muito embora essas mercadorias venham a perecer, ou elle se veja obrigado a vendel-as com prejuizo. O que se exige é, apenas, *o intuito de especulação*, nada significando a realização ou não do lucro.

Vidari definindo o commercio como “o complexo dos actos de intromissão entre productor e consumidor que, exercidos habitualmente e com fim de lucro, realizam, promovem ou facilitam a circulação dos productos da natureza e da industria, para tornar mais facil e prompta a procura e a offerta” introduziu um elemento novo — o habito. Este nada tem que ver com o acto de commercio em si; dá o character de commerciante a quem pratica actos de commercio por profissão, mas, embora não exista o habito, subsiste sempre o acto de commercio, desde que haja intromissão com intuito de lucro. Parece, pois, que Vidari confunde o acto de commercio com a qualidade de quem o pratica; e não ha nada mais distincto.

Feita essa modificação, a sua definição seria completa.

2. — O conceito de commercio que acceitámos, coincide com o que se pode chamar a noção historica delle. Sem nos determos em fallar das necessidades que affligiram o homem desde a sua apparição no planeta, e da impossibilidade em que elle se achava de prover, por si só, a essas necessidades, diremos que surgiram dahi as primeiras trocas, que

eram directas, entre productor e consumidor. Com o progresso das sociedades humanas, as necessidades cresciam, tornando mais difficeis as trocas directas, dificuldade aggravada ainda pelos embaraços do transporte. Demais, a avaliação in specie, que cada uma das partes fazia, do objecto que trocava, na falta de uma mercadoria commum que servisse de estalão, dificultava sobremodo as transacções.

Desde que a moeda, embora na sua fôrma rudimentar e primitiva, veio substituir a troca de objecto por objecto, medindo e pautando os valores, houve lugar para uma nova actividade — a dos intermediarios entre productor e consumidor — supprimindo a troca directa dos productos.

Surge então o commercio, cujos primeiros passos já vinham informados do conceito theorico hoje acceito.

O seu desenvolvimento foi rapido, nem podia deixar de sel-o, porque correspondia a uma necessidade innegavel e premente. Interno a principio, passou depois a ser externo e internacional. Os Phenicios commerciavam, atravez dos desertos da Arabia e pelo mar Vermelho, até ás costas da Ethiopia. Carthago transpoz as columnas de Hercules, chegando até ás ilhas Britannicas e ao Senegal. Alexandria foi, por muito tempo, o emporio do commercio do Oriente com o Ocidente. Athenas e Roma eram cidades commerciaes, embora nesta ultima a profissão de commerciante fosse reputada vil e infamante, como se pode deduzir do facto que Mercurio era, ao mesmo tempo, o deus dos com-merciantes e dos ladrões, como si entre uns e outros houvesse alguma cousa de commum.

Na idade média, os Arabes desenvolveram extraordinaria actividade commercial, em competencia com as pequenas republicas de Genova, Pisa, Amalfi e Veneza.

Mas, depois das descobertas de Vasco da Gama e Christovão Colombo, o Mediterraneo perdeu a supremacia e começou o apogeu da Hespanha, Portugal, Hollanda, França e Inglaterra, para onde se deslocou o centro dos interesses commerciaes. Estas nações enriqueceram, traficando com o novo mundo, ao qual traziam, em troca, o beneficio da civilização.

Quanto ao Brazil, depois da abertura de seus portos ao commercio estrangeiro, pelo Decreto de 28 de janeiro de 1808, cujo centenario foi tão brilhantemente commemorado este anno, o commercio tomou um impulso extraordinario. O Rio de Janeiro é hoje a primeira cidade commercial da America do Sul, seguindo-se-lhe Santos, S. Paulo, Belém, Manáos, Bahia, Recife e Porto Alegre.

3. — O commercio, como vimos, originou-se da primitiva troca directa dos productos. Dizia-o o Digesto (livro 18, tít.º Io, fr.º 1º, principio): *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit*. Ora, essa troca não é sinão um contracto, um accordo de duas vontades para um só fim. Os permutantes, sem duvida, não tinham a consciencia jurídica do contracto, elles só visavam a utilidade immediata, mas as suas permutas eram verdadeiros contractos.

Fundando-se, pois, o commercio no contracto, a evolução do primeiro acompanha parallelamente a do segundo.

Por sua vez, o contracto suppõe a liberdade, isto é, a vontade que age deliberadamente, e a propriedade, isto é, o objecto sobre o qual versa o contracto. Liberdade e propriedade encontravam-se, a principio, não no individuo, mas na communitade e na família, que eram os sujeitos do direito. E' por isso que os contractos se faziam entre clans ou tribus, com todo o formalismo de um acto em que ficava empenhada a honra de ambas as partes, sob o prestigio da autoridade religiosa.

Quando a propriedade colectiva cedeu o lugar á individual, ainda assim a liberdade, ou mais explicitamente, a capacidade jurídica, ficou limitada ao pater-familias. Outras restricções soffria tambem a propriedade, por ser vedada a alienação dos immoveis, que deviam ser conservados para perpetuação do culto dos deuses lares. Do mesmo modo, as obrigações foram, por muito tempo, inalienaveis, visto terem o character de vinculo essencialmente pessoal, contrahido perante os deuses, e cuja violação importava uma offensa a elles e á pessoa do credor. Dahi a vingança privada, com todo o seu cortejo, até o in partes seccanto; si plus minus-ve seccuerint nec fraude esto.

Mas o espirito pratico dos Romanos comprehendeu desde logo a inutilidade da vingança privada; operou-se então umas transformações — o vinculum pessoal foi substituído pelo vinculo patrimonial, os bens do devedor passaram a responder pelas suas dividas, — e isto significava um golpe terrível desfechado contra a inalienabilidade dos immoveis.

Os Romanos, embora ciosos da sua supremacia, não deixaram de acolher em seu seio os *hospites*, isto é, os estrangeiros, inimigos, que pediam hospitalidade; este era até o segundo dos deveres impostos pelo fas. E certo, porém, que, os que gozavam do *hospitium*, e que eram quasi todos *traficantes*, não tinham para protegê-los o *jus civile*, pois que não eram cives; mas creou-se-lhes um direito especial, o *jus gentium*, com um magistrado proprio, o *proetor peregrinus*. Assim, o peregrinus approximou-se do civis pelo commercio, que Ul-piano definia no tit.º 19 §§ 4.º e 5.º de *regulis, emendi vendendique invicem jus*.

O *hospitium* a proteger as pessoas, o *commercium* a proteger as cousas dos estrangeiros, foram duas concessões que alargaram consideravelmente as relações dos Romanos com os seus vizinhos e trouxeram grandes modificações aos contractos.

A evolução do contracto foi gradativa; a partir dos contractos verbaes, passou pelos litteraes e pelos reaes, para chegar aos consensuaes (*verbis, litteris, re, consensu*).

Como contracto verbal encontramos o *nexum*, que designa *quodcumque per aes et libram geritur*. Assim, a mancipatio era a fórmula solemne da compra e venda da res *mancipi*. Fazia-se perante cinco testemunhas e o *libripens*, pesava-se o bronze e, por meio de declarações reciprocas, effectuava-se o contracto, ao qual podiam-se acrescentar estipulações especiaes. A falta de pagamento dava ao credor o direito de fazer a *manus injectio*, isto é, de apoderar-se do devedor. Mas, já o mostrámos, o contracto perdeu mais tarde esse caracter pessoal, para assumir o caracter patrimonial.

Simplificada a solemnidade do *per aes et libram*, originou-se a *stipulatio*, cuja fórmula mais antiga é a *sponsio*. Era um contracto de estricto rigor formal, em que a pergunta e a resposta deviam ser assim formuladas: *Spondes mihi dare centum? Spondeo*, — tudo em acto seguido, sem interrupção. Posteriormente desapareceu o rigor da formula e qualquer uma servia.

Taes são os contractos verbaes.

A *expensilatio* era o contracto litteral por excellencia. Consistia na inscripção de uma partida no *Codex* ou *tabula accepti et expensi* uma especie de registro domestico. Por esse lançamento, quando reconhecido pelo devedor, estava perfeito o contracto, independente de qualquer transmissão real, ou de qualquer formalidade.

Applicava-se, sem condições, a quantias em dinheiro, *pecunia certa*, operando, como a actual conta corrente, uma novação da divida anterior.

Noa contractos reaes, pela simples tradição da coisa forma-se o vínculo obrigacional; são elles o *mutuum*, o *pignus*, o *depositum* e o *commodatum*.

Pelo mutuo, o mutuário se obriga a restituir ao mutuante, no mesmo género e qualidade, o que deste recebeu. O mutuário adquire a propriedade do objecto mutuado, que deixa de pertencer ao mutuante; a tradição é, portanto, indispensável.

Pelo penhor, o credor se obriga a restituir ao devedor um determinado objecto que este lhe deu em garantia da sua dívida, quando a mesma dívida fôr solvida. O credor não adquire a propriedade do objecto penhorado, mas simplesmente a posse, que também supõe a tradição.

Pelo depósito, o depositário se obriga a restituir ao depositante, quando lh'o exigir, o movei que recebeu para guardar. O depositário é mero detentor da coisa depositada, o que igualmente faz supôr a sua entrega.

Pelo commodato, o devedor se obriga a restituir ao credor uma coisa que deste recebeu gratuitamente para determinado fim de uso. O devedor é também mero detentor, e para isso é ainda mister a tradição.

O último estágio desta evolução é dos contractos que se formam pelo simples consentimento, sem necessidade de fórmulas ou símbolos, nem de tradição. São os contractos chamados consensuais, não porque nos outros se não exija o consentimento, mas porque nestes basta o simples consentimento. São quatro: a *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas* e *mandatum*.

Pela compra e venda, o vendedor promete transferir para sempre ao comprador a posse do objecto, mediante a promessa do

segundo, de um pagamento em dinheiro. Vê-se por ahi que ella differe da *mancipatio*, por ser uma promessa de venda e não a propria venda: o vendedor fica com direito ao preço, por se ter obrigado a dar a coisa, o comprador fica com direito de haver a coisa, por se ter obrigado a pagar o preço.

Pela locação-conducção, uma parte promette á outra o uso e gozo temporario de uma coisa, ou a prestação de serviços, mediante promessa de pagamento.

Pelo contracto de sociedade, duas ou mais pessoas se obrigam reciprocamente a pôr em commum, bens ou serviços, com o intuito de uma utilidade commum.

Finalmente pelo mandato, o mandatario se obriga a desempenhar o encargo de que foi incumbido pelo mandante.

Os contractos *innominati*, (innominados) isto é, sem denominação propria, *do ut des*, *do ut facias*, *facio ut des* e *facio ut facias*, são ainda um desenvolvimento dos anteriores e floresceram na epoca classica do direito romano. Os *nuda pacta* eram convenções sem fórmula, que, por não transferirem direitos nem crearem obrigações, não davam lugar á acção.

Tal foi a evolução do contracto no direito romano. Na epoca de Justiniano quasi já não se conhecia a linha de separação entre os *nuda pacta* e os contractos, porque todos eram, então, garantidos pela acção. E no direito moderno a fusão foi ainda mais assignalada, visto como, hoje em dia, todo e qualquer accordo entre as partes, licitamente feito, é um contracto, isto é, estabelece entre ellas um vinculo obrigatorio.

Chegamos, pois, ao ponto em que o simples consentimento é sufficiente para formar o contracto, si bem que alguns contractos

especiaes ainda exijam um acto escripto e outros, por sua propria natureza, não possam existir sem a tradição da cousa.

Destes contractos, uns estão mais intimamente ligados ao commercio, outros foram a base de novos contractos exclusivamente commerciaes.

Como melhor estudaremos depois, o ponto de differenciação dos contractos civis e commerciaes está em tres princípios capitães, sobre que assentam estes ultimos: a sua onerosidade, solidariedade e a simplificação das provas.

O desenvolvimento do commercio deu ao contracto de sociedade uma feição inteiramente nova com fórmulas variadas; e si os Romanos já conheciam os contractos de *pecunia trajecticia* e o *faenus nauticum*, não podiam imaginar as novas applicações que estes contractos tiveram, devido principalmente á acção das leis mercantis das republicas italianas na idade média.

As bases de todo o progresso posterior são encontradas, nitidamente delineadas, no monumento que herdamos dos Romanos.

4. — O contracto entra na theoria das obrigações como um de seus elementos constitutivos, pois ella é mais ampla, abrangendo, segundo se pretende, outras causas.

Todos os direitos do nosso patrimonio estão comprehendidos em dous grandes grupos: direitos pessoaes e direitos reaes, *jus ad rem* e *jus in re*. Os direitos reaes são a propriedade com as suas modificações, affectando a cousa directa e immediatamente. Os direitos pessoaes podem, afinal, recahir sobre a cousa, mas o seu objecto directo e immediato é um acto ou prestação exigivel de alguem. Giorgi diz, com muita felicidade, que os direitos reaes são uma relação entre pessoas e cousa, e os direitos pessoaes uma relação entre pessoa e pessoa.

Assim, a obrigação se define, como nas Institutas, livro 3.º, tit.º 13, princípio, *obligatio est juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicujus solvendoe rei*, - o vínculo jurídico pelo qual alguém está adstricto a cumprir alguma coisa.

A substancia da obrigação, no dizer de Paulo, consiste em vincular alguém de modo que dê, faça ou preste alguma coisa; *obligationum substantia in eo consistit ut alium nobis adstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel proestandum*, (Digestivo, livro 44, tit.º 7.º frag. 3.º.) Elle tem como elementos: um sujeito activo - o credor -, um sujeito passivo - o devedor - e o objecto do direito.

Relativamente aos sujeitos, por longo tempo as obrigações foram intransferíveis, como já o havia sido os direitos reaes. Affirma Gaio no Comentario II, 38, *quod mihi ab aliquo debetur, id si velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium transferuntur, id efficere possum*. Mas, quando a obrigação assumiu um character economico, passou a ser transmissível e, embora sendo sempre um *jus ad rem*, as pessoas por ella vinculadas se tornaram genericas e não individuaes. Dahi o desenvolvimento das obrigações ao portador, em que o sujeito activo é indeterminado.

Gaio no Digestivo (livro 44, tit.º 7.º, frag. 1.º) enumera as causas das obrigações: *Obligationes aut ex contractu nascuntur, aut ex maleficio, aut proprio quodam jure, ex variis causarum figuris*. Elle reconhece, portanto, como fontes das obrigações, o contracto, o delicto e a lei. Mas, algumas vezes, o elemento objectivo do contracto ou do delicto existia, faltando entretanto o elemento subjectivo, - a intenção. Os Romanos diziam, então, que essas obrigações nasciam *quasi ex contractu e quasi ex delictu*; e assim, com o correr do tempo, ficaram sendo considerados como causas das obrigações o contracto, o quasi contracto, o delicto, o quasi delicto e a lei.

Modernamente o Código Civil Alemão aceitou mais uma causa - a vontade unilateral - e a idéia ganhou adeptos também entre nós. Os srs. Clovis Bevilacqua e Carlos de Cravalho salientaram-se dentre os partidários da nova fonte de obrigações.

Do contracto já nos occupámos; vimos ser um accordo de vontades com o fim de estabelecer entre ellas um vinculo juridico. *Duorum vel plurium in idem placitum consensus animo contrahendoe obligationis.*

O quasi contracto é um facto licito ao qual, embora falte o accordo das partes, o direito reconhece efficacia juridica para crear uma obrigação, pelo principio *nemo locupletari debet alinea jactura.*

Exemplos classicos do quasi contracto são: a negotiorum gestio, - gestão dos negocios alheios sem mandato - as *condictiones sine causa*, a comunhão incidente e a avaria.

O quasi contracto confunde-se, pois, com o contracto, quanto aos seus efeitos; ambos dão lugar a uma obrigação, sem a menor differença no seu resultado.

Parece também inutil a differença estabelecida entre delicto e o quasi delicto; um e outro são illicitos, doloso o primeiro, culposos o segundo, e obrigam, da mesma maneira, o seu autor a reparar o damno causado. E' assim que o Código Civil Alemão confunde sob a denominação de actos illicitos, o delicto e o quasi delicto.

Mas, sendo o delicto e o quasi delicto actos illicitos aos quaes se commina uma pena, elles constituem materia de Direito Penal, isto é, de Direito Publico e, como tal, escapam ao dominio do Direito Privado. Logo, não podem ser enumerados como fontes de obrigações do Direito Privado, Civil ou Commercial.

O delicto foi, a principio, a fonte essencial das obrigações, pelo character privado que tinha, dando lugar á vingança. Mas, como a pena publica substituiu a pena privada, o delicto deixou de ser causa de obrigação, porque a propria indemnisação do damno, que elle acarreta, não é consequencia exclusiva do delicto.

Na phrase de Bonfante, no direito moderno só por tradição doutrinaria se pode fallar do delicto como fonte de obrigações, ao lado do contracto; na realidade, não subsiste um só exemplo de delicto privado.

Quanto ás chamadas obrigações *ex lege*, alguns as classificam como contractos ou quasi contractos, porque ha nellas uma supposição de vontades pactuantes, embora tacitamente. Em rigor, nenhuma obrigação nasce só da vontade da lei, e, por isso, desde que se suppõe o concurso de uma outra vontade, resulta dahi um verdadeiro contracto. As obrigações resultantes da lei, si nascessem de um acto do homem e não de um facto natural e independente da vontade, como a qualidade de pae, donde provém a obrigação de alimentar os filhos, ou a qualidade de proprietario, etc, caberiam perfeitamente nas categorias já enunciadas de contracto e delicto.

5. — Resta-nos fallar da vontade unilateral ou acto unilateral de vontade. Esta theoria, preconisada por Worms, foi excogitada para explicar o titulo ao portador e a promessa de gratificação, nos quaes o sujeito activo da obrigação não está determinado. Entende-se que o sujeito passivo possa obrigar-se apenas com o seu acto de vontade e que a obrigação tenha como causa essa vontade unilateral.

Parece-nos falsa a theoria. Com effeito, quando é que surge a obrigação, em qualquer daquelles dous casos? Não é, evidentemente, no momento em que o devedor cria o titulo ao portador ou promete a gratificação, mas no momento em que uma outra vontade, a do credor, se accorda com a do devedor e acceita o acto deste. Só então surge a obrigação e tanto assim é que, não havendo esta segunda vontade, não

pode ser exigido o cumprimento da obrigação, simplesmente porque ella não existe.

Não devemos esquecer que a clausula ao portador nos títulos de credito é o ultimo estadio da evolução por elles seguida: nominaes a principio e intransferiveis, passaram a ser á ordem quando se tornaram cessiveis, e finalmente ao portador, depois que começaram a circular de mão em mão. Si no primeiro caso e no segundo a obrigação resultava de um contracto entre pessoas determinadas, no ultimo, ella resulta de um contracto, em que uma das clausulas é, justamente, que o titulo seja transferível de mão em mão. Mas é sempre um contracto.

Entretanto, si o titulo ao portador, antes de posto em circulação, é furtado, pode-se dizer que houve accordo de vontades?

Houve, sem duvida, para o portador de boa fé, que fez coincidir a sua vontade com a do emissor, a quem a lei obriga a pagar o titulo, mesmo neste caso. Embora imposta pela lei, para garantir os interesses em jogo e a boa fé, a vontade do devedor existe innegavelmente, ou pelo menos, a lei a faz presumir de um outro acto de vontade.

Do mesmo modo na promessa de gratificação: a obrigação surge no momento em que a segunda vontade, satisfazendo aos termos promissorios, se incorpora á primeira. Só depois que alguém acceitar a promessa e, portanto, só depois que as duas vontades coincidirem, teremos a obrigação, resultante não da vontade unilateral, mas de um contracto.

O que se comprova pelo facto de que, enquanto está de pé uma só vontade, sem que a segunda concorra com ella, a primeira pode voltar atraz, desfazer-se, sem haver produzido o minimo laço obrigacional. De modo que, a vontade unilateral será, quando muito, o começo de uma obrigação, nunca uma causa delia. Pela vontade unilateral

existe o sujeito activo *in potentia*; desde que elle se torne *in esse*, ha um contracto.

6. — Em resumo, encontramos como fonte unica das obrigações o contracto, porque o quasi contracto se confunde com elle, o delicto e o quasi delicto ficam fóra da esphera do Direito Privado, a lei e a vontade unilateral se resolvem em verdadeiros contractos.

Poderemos chegar ainda mais longe, apresentando o contracto como fundamento racional do Direito.

Si o contracto, como acabamos de vêr, é a unica fonte de obrigações, si o direito das obrigações é comprebenativo do direito de propriedade, pois, como diz Planiol, a obrigação é a parte mais ampla mais geral do direito, visto toda a legislação ter por objecto o mesmo objecto da obrigação — regular as relações obrigatorias entre os homens —; si assim é, nenhuma dificuldade teremos em admittir o contracto como o unico fundamento racional de todo o Direito Privado, desde que elle o é do Direito Civil e do Direito Commercial.

Quanto ao Direito Publico, no seculo XVIII, tentou-se implantar uma absurda theoria do contracto social, pela qual se pretendia que o contracto fosse o fundamento historico do Direito.

Não precisamos refutal-a, bastando apenas lembrar o que anteriormente dissemos, mostrando que a consciencia jurídica do contracto surgiu numa phase adiantada da sociedade.

Pelo contrario, sem nenhum receio, reconhecemos no contracto o fundamento racional, não historico, do proprio Direito Publico. Com effeito, as relações jurídicas regidas por esse Direito suppõem sempre o accordo de vontades, caracteristico do contracto. O cidadão acceita as normas que o Estado lhe propõe e assume o compromisso tacito de observal-as.

Na epoca moderna, principalmente, o individuo menos disposto á observancia dos preceitos constitucionaes ou administrativos do seu Estado, tem a faculdade de emigrar, procurando outro paiz, cujo regimen se confaça mais com as suas aspirações.

Sempre e por toda parte, qualquer que seja o assumpto encarado, encontraremos no fundo um accordo de vontades, um contracto.

E' cabível, portanto, dar o contracto como fundamento racional, não historico, do Direito, mesmo em homenagem á vontade humana, *este quid com-mune* a todo o direito.

E, em nossa legislação encontramos confirmado o nosso modo de pensar. Diz o art. 291 do Codigo Commercial, segundo se lê na collecção das leis de 1850, que: "As leis particulares do commercio, a convenção das partes sempre que lhes fôr contraria, e os usos commerciaes, regulam toda sorte de associação mercantil; ..."

Mais tarde, em vista da grande controversia que surgiu a respeito deste artigo, o Governo, pelo Decreto n. 3257 de 10 de Abril de 1899, mandou accrescentar o termo *não*, antes das palavras *fôr contraria*, alterando inteiramente o sentido.

Para nós, o que o legislador de 1850 quiz dizer, evidentemente, não foi que as convenções das partes quando *não contrarias* ás leis, devessem regular as associações mercantis, mas precisamente o inverso, isto é, que todas as vezes que as convenções das partes contrariassem as leis do commercio, as primeiras prevalecessem sobre as segundas; contrariassem bem se entende, não leis imperativas ou de interesse publico, mas leis meramente explicativas, ou que presumam a vontade das partes contractantes.

Portanto, o tardio *não* deve ser suprimido, por inteiramente descabido. Os arts. 126 e 127 do Código também consagram a mesma doutrina, tornando obrigatórios os contractos desde que se dê o accordo das vontades.

Eis, pois, a vontade humana imperando em toda a linha.

II

Industria e suas divisões. — Objecto da industria commercial e do Direito Commercial. — A unidade do Direito Privado. — Razões historicas da formação especifica do Direito Mercantil, — Tendencias do legislador brasileiro para a unidade do Direito Privado.

7. — A industria é o complexo do trabalho humano na producção e aproveitamento da riqueza. Costuma ser dividida em industria agrícola, manufactureira e mercantil: a primeira extrae do solo as materias primas, que a segunda transforma e a terceira distribue.

A differenciação entre ellas fez-se em virtude de uma evolução lenta mas accentuada: a principio, a terra fornecia o alimento e o mais necessario, immediatamente ao homem; o trabalho deste consistia em cultivar o solo e consumir o que elle lhe produzia.

Depois, novas necessidades forçaram o homem a aproveitar as riquezas que a natureza offerecia, adaptando-as a essas necessidades. Finalmente surgiu a industria commercial, visando distribuir os productos da agricultura e da manufactura, de modo a permittir a ambas uma acção mais intensa.

Com a noção que temos do que seja commercio, podemos dizer que a industria commercial tem por objecto a intromissão entre productor e consumidor com o intuito de lucro, e que ella occupa o lugar

mais importante na escala progressiva, por ser o complemento das outras industrias — a agricola e a manufactureira.

O conceito economico do commercio coincide com o conceito da industria mercantil. Mas, como os factos de que elle se forma estão sujeitos a regras juridicas, resulta dahi a noção jurídica do commercio, ou o Direito Commercial, que Vidari define: “a disciplina externa dos factos economicos em que se traduz o commercio, emquanto estes factos são causa de relações entre os homens”.

8. — E’ licito indagar a razão de ser de um Direito Commercial, diverso do Direito Civil e formando com elle o Direito Privado.

Inutil seria procurar vestígios do Direito Commercial entre os Romanos; elles só conheciam a divisão em cousas *in commercio e extra commercium* ou, com mais propriedade, *in patrimonio e extra patrimonium*, dado o conceito que, como já mostrámos, faziam do *commercium*.

Entretanto, não se pode duvidar da existencia de um commercio intenso em Roma, onde o luxo e o fausto haviam tocado o apogeu. Plinio avaliava em 50 milhões de sestercios, ou seja 9 milhões de francos, o movimento commercial de Roma para a India annualmente.

E’ que, para Roma, a profissão do commerciante sendo ignobil e só digna de escravos, o orgulho daquelle povo não cuidava sequer da existencia della.

A acção dos costumes, porém, ia-se fazendo sentir e introduzindo no proprio organismo do *jus civile* e, de modo todo especial, no do *jus gentium*, instituições novas.

Depois da queda de Roma, os costumes se desenvolveram e quando a sociedade, scindida e separada em categorias, só encontrava apoio e defesa nos vínculos da associação, os commerciantes tambem

procuraram constituir-se em classe. Todos os que exerciam uma arte ou profissão se reuniam em collegios ou corporações, chamadas mesmo *corporações de officios e misteres*, e agiam em contraposição aos das classes elevadas, os nobres.

Taes corporações eram, em regra, inacessíveis aos extranhos, transmittindo-se o mister ou profissão de paes a filhos.

Os commerciantes, assim reunidos em collegios, não tardaram a impôr-se e a conseguir posição saliente, obtendo para si vantagens e privilegios.

Os *negotiatores*, conta Vivante, presidiam ás feiras e mercados e davam-lhes regulamentos; mantinham a segurança dos caminhos e estradas e desempenhavam officios de piedade religiosa. Á protecção aos associados ia além dos limites da corporação, pois eram mandados consules ao estrangeiro, quando se fazia preciso, em favor de algum socio. Além das contribuições, cobravam direitos de entrada e de transito, multas, etc.

A direcção estava confiada a *consules* que eram substituídos periodicamente e assistidos por um conselho de anciãos. Ao serem empossados, prestavam juramento que, publicado conjunctamente com as deliberações approvadas nas assembléas, tomava o nome de *Estatutos*, os quaes ficavam a cargo de uma commissão especial, incumbida de pô-los em ordem chronologica e de emendal-os.

Depois, os commerciantes alcançaram o privilegio de uma jurisdição commercial, administrada pelos consules. O julgamento era summario, sem discussão e sem appellação, em geral.

Eis como surgiu o Direito Commercial, direito de uma classe privilegiada, creado por ella em seu favor, administrado por ella, e ao mesmo tempo expedito, rigoroso, severo.

Assim, conclue Vivante, o direito passava dos contractos para os costumes, destes para a lei e para as sentenças, por obra daquelles que eram, ao mesmo tempo, legisladores e julgadores de si proprios. E o Direito Commercial se desenvolvia principalmente na esphera do direito processual, visto como o direito substantivo offerecia maior resistencia á innovação.

Mais tarde, foram instituídos tribunaes commer-ciaes em substituição aos juizes consulares e a acção delles foi ampliada, extendendo-se mesmo aos não commerciantes.

Estabeleceu-se então a differença entre commer-cio e commerciante: o Direito Commercial deixou de ser um direito dos commerciantes e tornou-se um direito do commercio, extensivo a todos os que praticavam actos de commercio, embora não habitualmente.

Deste modo, o Direito Commercial se transformou em direito commum; o acto de commercio fez-se familiar.

Taes são as razões historicas da formação especifica do Direito Mercantil; este surgiu como direito autonomo em virtude dos principios que deram nova feição aos contractos. A presumpção da solidariedade, a onerosidade e materialidade dos contractos, a simplificação das normas processuaes e a dispensa das formalidades foram os motivos constitutivos do Direito Commercial, como ramo diverso do Direito Civil.

Depois que a França, em 1807, dotou o commercio com uma codificação especial do seu direito, promulgando o Codigo Commercial, outros paizes deram-se pressa em imital-a e, hoje, quasi todas as nações possuem um Codigo Commercial. Por singular contraste, a Inglaterra e os Estados Unidos, os dous paizes que estão na vanguarda do commercio, não têm nem precisam de um Direito Commercial especial. A Suissa promulgou, em 1881, um Codigo unico das Obrigações e o Canada tem, desde 1865, um *Civil cod*, cujo livro 4.º se occupa das leis commerciaes.

9. — No momento actual tem razão de ser a existencia de um Direito Commercial autonomo?

Elle é, como vimos, um direito de excepção e, portanto, attenta contra o principio da igualdade social, mantendo uma classe privilegiada, cuja actividade é regulada por uma lei especial. O Codigo Commercial contém exclusivamente normas creadas pelo commercio para proteger seus interesses e, entretanto, obriga a todos os que, não sendo commerciantes, contractam com estes, sujeitando assim a maioria á minoria.

E' principio acceito que ninguém pode crear por si mesmo prova em seu favor; mas no Direito Commercial desaparece este principio, porque a lei dá ao commerciante o direito de fazer prova com os seus livros, não só em seu favor, como contra não commerciantes. O commerciante fabrica a sua prova e impõe-n'a ás pessoas que, diversamente delle, não gozam das regalias do Direito Commercial.

Demais, a não ser o critério theorico que vimos, pelo qual se distingue o acto de commercio de qualquer outro acto — a intromissão com fim de lucro — não ha um criterio pratico e positivo para tal distincção. E' por isso que os Codigos fazem a enumeração dos actos que elles reputam commerciaes; ora, logo se vê que semelhante modo de legislar tem grandes falhas, porque deixa de abranger muitos actos.

Isto posto e dada a dualidade de jurisdição, dahi decorrente, não se sabe muitas vezes si o acto está sujeito á jurisdição civil ou á commercial, o que importa, não raramente, denegação da justiça, pelas protellações indefinidas causadas pela nullidade do processo, sujeitando a parte a novas despesas e trazendo muitas vezes a perda do direito pela prescrição. A dubiedade da jurisprudencia é sempre um mal e é o que resulta de semelhante legislação.

Ainda mais, com a dicotomia do Direito Privado, acontece existirem simultaneamente duas legislações para o mesmo facto, o que não pode ser innocuo.

Tais são os grandes inconvenientes que resultam da bipartição do Direito Privado e que nos levam a não achá-la justificavel.

A necessidade de regras jurídicas e de instituições favoraveis á rapidez das transacções e ao desenvolvimento do credito, não impede a unidade do Direito Privado que, como tudo, evolue e pode, portanto, acompanhar *pari passu* a marcha dessa necessidade. Assim, era natural que se accentuasse uma tendencia tão forte, como a que se nota, para a unificação do Direito Privado, visto como a bipartição não tem outro fundamento si não as razões historicas que determinaram a criação especifica do Direito Commercial.

Dentre os propugnadores da unificação, salientam-se Vivante, Cimbali, Ellero, Montanelli, o arauto da campanha, Yseux, Memzinger etc. No terreno contrario militam Vidari, Supino, Marghieri, Manara, Cohn e Goldschmidt.

A unificação está efectivamente realizada na Suissa que possui umCodigo das Obrigações, desde 1881, e no Canadá. Na Hollanda tambem se trabalha activamente em tal sentido.

10. — Entre nós, o Codigo Commercial de 1850 adoptou o *systema* seguido no Codigo Portuguez de 1833, em que Ferreira Borges já combatia, de certa forma, a duplicidade dos codigos, tratando nelle de muita materia civil.

Em 1867, Teixeira de Freitas atacou victoriosamente a bipartição do Direito Privado, chegando a propôr ao Governo a adopção do plano que formulára, de realizar a fusão dos dous ramos. A proposta teve parecer favoravel, mas não logrou ser attendida.

O Sr. Silva Costa em 1888 e depois em 1899, manifestou-se inteiramente pela unificação. O Sr. Coelho Rodrigues, também partidário dela, não quis incluí-la no seu Projecto de Código Civil, por motivos de ordem política.

Do mesmo modo o Sr. Brásio Machado, distinto lente da Faculdade de Direito de S. Paulo, e Carlos de Carvalho pugnam valentemente pela unificação.

No campo oposto se encontra o Sr. Clovis Bevilacqua, autor do Projecto de Código Civil que pende de aprovação do Congresso. O Sr. Bevilacqua acha errônea a doutrina que descobre no Direito Commercial o *matiz odioso de excepção*, como "a que procura fundir, num todo homogêneo e compacto, relações e preceitos que se tendo especializado e desenvolvido ao influxo de necessidades imperiosas, somente por um lamentável fenómeno de involução poderiam ser immolados pelo regresso á unidade de onde se desprenderam". Para elle "o Direito Commercial é um desdobramento, uma especialização do Direito Civil, que é o Direito Privado commum, no qual se entronca, para haurir seiva e pedir subsidios." Encontra as relações jurídicas civis e commerciaes com caracteres suficientemente distinctos e entende que numa obra como o Código Civil "seria imprudente leviandade dar entrada a construcções doutrinarias que não conseguiram impôr-se ás intelligencias."

Carlos de Carvalho pelo contrario affirma que a fusão do Direito Civil e do Commercial está realizada de facto. Com effeito, as tendencias do legislador brasileiro são neste sentido.

Desde muito tempo se questionava acerca da jurisdição competente em materia de hypotheca, visto como o Código reconhecia a hypotheca commercial (arts. 265 a 270). Para pôr termo ás controversias, a Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 (art. 2.º), derogando as disposições do Código, determinou que a hypotheca seria regulada somente pela lei civil, embora algum ou todos os credores fossem

commerciantes; disposição esta reproduzida no Decreto n. 169 A de 19 de Janeiro-de 1890 (art. 2.º) e Decreto n. 370 de 2 de Maio de 1890 (art. 111).

Pelo espirito e pela letra do Decreto n. 737 de 25 de Novembro de 1850, entendia-se que o immovel não era objecto de commercio; mas os actos do Governo Provisorio, sujeitando á jurisdição commercial qualquer hypotheca, implicitamente reconheceram não haver incompatibilidade entre a terra e a rapidez de execução necessaria ás obrigações commerciaes.

O Decreto n. 451 B de 31 de Maio de 1890 creou o regimen da Lei Torrens e transformou a propriedade immovel, tirando ao solo a immobilidade jurídica, afim de facilitar a sua transferencia.

O Decreto n. 3272 de 5 de Outubro de 1885 alterou as disposições referentes ás execuções civeis e commerciaes, unificando-as. A Lei n. 3150 de 4 de Novembro de 1882, e os Decretos n. 8821 de 30 de Dezembro de 1882, n. 164 de 17 de Janeiro de 1890, e n. 434 de 4 de Julho de 1891 sujeitaram ás mesmas normas as sociedades anonymas, qualquer que fosse o seu objecto, civil ou commercial.

A primitiva Lei de Fallencias, Decreto n. 917. de 24 de Outubro de 1890, reformando a 3.^a parte doCodigo, determinava que dividas civis podiam concorrer com obrigações commerciaes para constituir o estado de fallencia (art. 1.º § 2.º), e que “os devedores por titulo civil, no caso de cessação de pagamentos ou de insolvencia, reputar-se-ão insolvaveis, mas não fallidos. A liquidação do activo e passivo se operará pelos meios communs.” (art. 140); a Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902 reproduziu a primeira dessas disposições (art. 1.º § 2.º), que approximam o Direito Commercial do Civil.

O Decreto n. 763 de 19 de Setembro de 1890 mandou observar no processo das causas civeis, em geral, o regulamento n. 737

de 25 de Novembro de 1850, que É essencialmente commercial. E' importante o art. 3.º daquelle Decreto, vedando a excepção de incompetencia, sob o fundamento de ser a causa civil ou commercial, depois da contestação e declarando que o feito não se annullará por motivo dessa incompetencia. Disposição identica se encontra no Decreto n. 1030 de 14 de Novembro de 1890 (art. 155) e na Lei n. 1338 de 1905 (art 50).

Assim, quanto ao processo e salvo casos espe-ciaes, não ha distincção entre causas civeis e commerciaes no fôro do Districto Federal, como ante a jurisdicção federal.

Eis o que está feito no sentido da unificação do Direito Privado; é pouco, mas é alguma cousa.

Não seria licito terminar este assumpto sem fallar na projectada unificação do Direito Processual Brasileiro, planejada pelo Sr. Nilo Peçanha, quando Presidente do Estado do Rio de Janeiro, e que, uma vez realizada, contribuirá tambem para a unidade do Direito Privado.

III

A autonomia do Direito Mercantil no estado actual da sciencia e da legislação. — Theoria dos actos do commercio.

11. — Si a unificação do Direito Privado é um ideal, não resta duvida que, por emquanto, o Direito Commercial é autonomo e independente, quer pelo lado scientifico, quer pelo da legislação.

O Direito Civil disciplina as relações jurídicas de cada povo, dentro das suas fronteiras, obedecendo a tradições de toda ordem e mantendo um character essencialmente conservador; ao passo que o Direito Commercial approxima mais os povos, põe em contacto civilizações diversas e, insensivelmente, vai amoldando as instituições

diferentes e dando-lhes uma feição quasi uniforme, cujos pontos de diferenciação são insignificantes.

O commercio, hoje em dia sobretudo, é o elo mais forte entre as nações e, portanto, o Direito Commercial é, na verdade, o que menos longe está do ideal de um Direito universal. Por onde se vê que realizada a unificação do Direito Privado, não faltará muito para universalização do Direito.

Data de um seculo apenas a tendencia tomada pelo Direito Commercial para generalizar-se. Formado atravez de uma jurisdição especial, como privilegio de classe, elle era destinado ao individuo que reunia em si a qualidade de commerciante, não em virtude dos actos que praticava, mas em vista da profissão que exercia.

O Direito Commercial era, pois, essencialmente subjectivo, era um direito dos commerciantes, exclusivamente dos commerciantes.

Abolidos os privilegios de classe, proclamada a igualdade de todos perante a lei, o Direito Commercial não podia mais ter um character subjectivo, devia forçosamente modificar-se, como se modificou.

Ficou sendo, pois, um direito applicavel não *intuitu personae*, mas *intuitu materice*, isto é, applicavel aos actos de commercio, independente da qualidade de quem os praticasse. Tomou, numa palavra, um character objectivo.

Estabeleceu-se então um criterio theorico para determinar quaes os actos de commercio: — os actos de intromissão com fim de lucro—. Mas semelhante conceito seria muito vago num corpo de leis; um Codigo não pode reger theorias, precisa baixar aos factos positivos.

E' por isso que, desde o Codigo Francez de 1807, todos os outros enumeram os actos de commercio, que tomam, por força de lei, a natureza commercial. Como, porém, não existe differença radical entre o

acto commercial e o não commercial, o legislador, atirando-se deste modo á casuística, viu-se obrigado a falhar ao critério científico preestabelecido.

Assim, em qualquer dessas enumerações, nós encontramos um critério mixto, isto é, actos de commercio que o são objectivamente, por si mesmos, sem consideração á pessoa que os pratica, e actos de commercio subjectivos, que só o são porque praticados por commerciante; e ainda mais, actos que não sendo de commercio, nem objectiva nem subjectivamente, a lei empiricamente os considera taes.

12. — Em nosso Direito, é o Regulamento n. 737 de 25 de Novembro de 1850 que traz a enumeração dos actos de commercio.

O legislador excluiu dessa categoria os actos relativos aos bens de raiz, levado naturalmente pela idéa de que ao commercio se liga o transporte, impossível de se encontrar nos immoveis. Assim é que, no art. 13 do Regulamento n. 737 diz não pertencerem ao Juízo Commercial as questões de bens de raiz; e no art. 19 faz também exclusão delles.

Convém não confundir o acto de commercio com a jurisdição commercial. Pelo que fica dito, vemos que as operações sobre immoveis nem são actos de commercio nem ficam sujeitas á jurisdição commercial. O mesmo não acontece, porém, com as sociedades anonymas que, embora civis, ficam sujeitas á jurisdição commercial (art. 20 § 2.º do citado Regulamento); e, do mesmo modo qualquer hypotheca, embora de natureza civil, está sujeita á jurisdição commercial (Decreto n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890, art. 14).

O art. 19 do Regulamento n. 737 define os actos que devem ser considerados mercantis, não taxativamente mas exemplificativamente e, portanto, pode-se-lhe applicar a interpretação extensiva por analogia, em casos identicos.

O § 1.º cogita da compra e venda ou troca de efeitos moveis ou semoventes para os vender por grosso ou a retalho, na mesma especie ou manufacturados, ou para alugar o seu uso. Ficam excluídos os immoveis, como vimos.

Neste § encontramos os dous caracteristicos do acto de commercio — intromissão entre productor e consumidor e fim de lucro —. O intuito com que se faz a compra e venda ou troca é a revenda, não o uso ou consumo do objecto; ora, comprar para revender é haver do productor para offerecer ao consumidor, auferindo um lucro.

O objecto pode ser revendido na mesma especie ou manufacturado; por exemplo, o individuo que compra café em grão para vendel-o torrado e moído pratica um acto de commercio, como o que o compra em grão para assim revendel-o. Pelo contrario, o pintor que compra tintas para fazer um quadro não pratica acto de commercio, porque a sua intenção não é vender as tintas e sim o quadro, entrando as tintas como accessorio. Elle aufere vantagem do seu trabalho, mais do que da tinta.

A quantidade não importa, pode ser grande ou pequena, por atacado ou a retalho.

O acto de commercio pode tambem ter como intuito, em vez da revenda, o aluguel do uso do objecto movei ou semovente. Assim, o individuo que compra animaes de sella, afim de dal-os em aluguel, faz mercancia.

O acto é, em qualquer destes casos, commercial, tanto para quem vende, como para quem compra, desde que destine o objecto á revenda ou ao aluguel, embora depois não se realize a primeira nem o segundo.

A expressão *compra* e *venda* não é aqui empregada para designar unicamente o contracto conhecido por esse nome, mas num sentido generico, para significar qualquer acto de alienação e de aquisição com o fim de revenda.

A compra e venda ou troca effectuada sem tal intuito não é acto de commercio, como não o é a de um objecto adquirido para o consumo e que mais tarde se resolveu alienar, porque a intenção de revender deve ser contemporanea ao acto da compra ou troca.

Nos termos “effeitos moveis ou semoventes” comprehendem-se não só as mercadorias (cujo sentido usual é o de productos manufacturados) e os animaes, como qualquer bem movel corporeo ou incorporeo, direitos, acções ou serviços.

Relativamente, porém, á moeda, que é tambem um effeito movel, diz o § 2.º do art. 19 serem mercancia “as operações de cambio, banco e corretagem”, nas quaes a moeda entra como objecto.

Por operações de cambio devemos entender a troca de uma moeda por outra, quer seja manual, quer traslaticio, dando lugar á letra de cambio.

As operações de banco têm em vista concentrar e applicar os capitães, de modo a tornal-os prodtivos e, por conseguinte, organizar a circulação delles.

banqueiro é um verdadeiro intermediario entre o capitalista e o individuo que procura capitães, porque vai tomal-os do primeiro para offerecel-os a este. Visa o lucro na transacção, porque paga, pelo deposito feito pelo capitalista, um juro menor do que o que recebe do mutuario, ganhando a differença. O banqueiro é, pois, verdadeiro commerciante, porque especula em seu nome e por sua conta, praticando actos de commercio (art. 119 do Codigo Commercial).

Mas o depositante de dinheiro no banco, como o que vai havel-o de emprestimo, não praticam acto de commercio, visto não se encontrarem aqui reunidos os dous elementos que o caracterizam: intromissão e fim de lucro; só este existe.

São operações de corretagem as que versam sobre títulos de credito, como apolices da Divida Publica, acções e obrigações de companhias e a propria cambial.

Entretanto, o corretor que pratica taes actos de commercio, não é commerciante, porque: 1.º não especula em seu proprio nome nem por sua conta, 2.º não visa lucro. Não especula em seu proprio nome, visto como elle é apenas um intermediario official entre o vendedor e o comprador. Não visa lucro, porque a remuneração que recebe, está previamente fixada nas tabelas organizadas pelo Governo, de quem depende a nomeação dos corretores.

Intervem aqui a *theoria dos accessorios*. A corretagem é um auxilio prestado ao commercio, é accessorio deste, e por isso segue-lhe a natureza mercantil, embora lhe falem alguns dos caracteres da mercancia, propria e principalmente tal.

“§ 3.º As empresas de fabricas, de commissões de depositos, de expedição, consignação e transporte de mercadorias, de espectaculos publicos.”

Por empresa devemos entender uma repetição de actos, uma organização de serviços, em que se explora o trabalho alheio, material ou intellectual. A intromissão se dá, aqui, entre o productor do trabalho e o consumidor do resultado desse trabalho, com o intuito de lucro.

As empresas de fabricas abrangem uma quantidade enorme de actividades, todos os ramos da industria, desde que nellas se dê a especulação do trabalho alheio.

A comissão está definida no art. 165 do Código Commercial, como o contracto do mandato relativo a negocios mercantis, sendo o commissario, pelo menos, commerciante e agindo em seu nome, mas por conta do committente. Tanto pode ser acto de commercio o desempenho de uma simples comissão, quando haja intromissão e escopo de lucro, como uma empresa de comissões.

O contracto de deposito é mercantil quando feito por causa proveniente de commercio, em poder do commerciante, ou por conta de commerciante (art. 280 do Código); o deposito de mercadorias feito por um fabricante em mãos de um negociante, para aguardar ocasião de venda, os armazens de deposito, docas, trapiches, etc., são um exemplo especifico deste contracto.

A expedição, consignação e transporte de mercadorias estão intimamente ligados ao commercio, são operações commerciaes por excellencia, principalmente quando constituídos em empresa. Delles trata o Código nos arts. 99 a 118, por onde se vê que podem ser por agua ou por terra.

Nas empresas de espectaculos publicos, explora-se principalmente o trabalho intellectual dos artistas. Por isso o empresario theatral, fazendo-o com intuito lucrativo, pratica acto de commercio, ao passo que o artista que se exhibe, não.

“§ 4.º Os seguros, fretamentos, riscos e quaesquer contractos relativos ao commercio maritimo.

§ 5.º A armação e expedição de navios.”

Referem-se ambos á navegação marítima, cujo valor é devidamente apreciado pela correlação que mantém com o transporte.

A lei não falia em seguro terrestre, mas a elle te têm applicado as disposições do Codigo, relativas ao seguro maritimo, *mutatis mutandis* (arts. 666 a 730).

O seguro é um acto de commercio para o segurador, porque visa o lucro do premio, não o sendo para o segurado, que não tem em vista lucro algum. *Assecuratus non quœrit lucrum, sed agit ne in damno sit.*

A lei considera mercancia, com razão, quaesquer contractos relativos ao commercio maritimo porque, principal ou accessoriamente, elles têm o character de intromissão e de transporte com intuito de lucro.

Podemos, portanto, resumir numa formula o que se deve considerar acto de commercio, dizendo: "Actos de commercio são actos de intromissão entre o productor e o consumidor, para o fim de crear e desenvolver a riqueza movei e activar-lhe a circulação com intuito de lucro ou especulação, e os que, pela sua connexão e dependencia da actividade commercial, concorrem para facilitar o exercicio do commercio".

IV

Historia da legislação commercial a das suas fontes actuaes. —

Usos, costumes e convenções.

13, — O mais antigo monumento da legislação commercial é a lei da ilha de Rhodes, sobre o alijamento, que passou para o Digesto, livro 14, tit. 2.º, dando-lhe o nome — *De lege Rhodia de jactu.*

Discute-se, porém, si os Romanos acolheram a lei escripta como se achava, ou si apenas se limitaram a adoptar a idéa, disciplinando-a. A segunda opinião parece mais natural, e della partilham Pardessus e Gabriel Carnazza.

O Digesto contém ainda outras leis commerciaes, como no livro 4.º tit.º 9.º *nauoae, caupones, stabularii, ut recepta restituant*; livro 14, tit.º 1.º *de exercitoria actione*; livro 22, tit.º 2.º, *de nautico foenere*; livro 47, tit.º 5.º, *de furtis adversus nautas, caupones, stabularios*; livro 50, tit.º 14, *de proxeneticis*. E no Codigo vemos no livro 4.º, tit.º 25, *de institoria et exercitoria actione*; livro 6.º, tit.º 2.º, *de furtis et servo corrupto*; livro 11, tit.º 5.º, *de naufragiis*.

Estas diversas acções, que tiveram origem no *jus gentium*, foram editadas para attender ás necessidades novas que o commercio fazia surgir. As mais importantes, porém, são as acções *institoria et exercitoria* que tornaram o patrão responsavel pelos actos do servo.

O Direito Commercial autonomo, propriamente dito, começou a constituir-se na idade média. E' nos estatutos, usos e costumes das republicas italianas que vamos encontrar os primeiros monumentos do Direito Mercantil e as primeiras fontes do Direito Commercial.

Os mais antigos são o estatuto de Pisa (1160) — *Constitutum usum* — e os *Brevic Curice maris* da mesma republica (1298).

O *capitulare nauticum* de Veneza, as Ordenanças de Trani, os estatutos de Pesaro, Urbino e Amalfi e o *Consuetudinum Medionali liber*, de 1316, forneceram tambem grande contingente para o Direito Commercial, como ainda o Regulamento Florentino de 1477 e as decisões da *Ruota Genovese*.

A mais famosa collecção é o *Consolato dli mare*, em 297 capitulos, contendo varias disposições sobre o commercio do mar. Vigorava em todo o Mediterraneo, sendo disputada a sua origem entre Pisa, a Hespanha e a França. No Atlantico e no mar Baltico, vigoravam os *Rôles d'Oléron*, as leis de Wisby, e os julgados de Damme e Weste-Cappell.

A Hespanha regeu-se por algum tempo pelo *Consolato del mare* e depois pelas *Sete Partidas*, attribuidas a Affonso X, em data de 1266.

Dahi vieram para Portugal e foram applicadas como leis extravagantes, notando-se que as leis portuguezas sobre o commercio são as mais antigas da Europa. Mello Freire attribue a Affonso IV, que subiu ao throno em 1325, a Ordenação do livro 4.º, tit.º 57.º, sobre o mutuo e o cambio.

Ha Hespanha temos ainda as leis de Burgos, de 1553, e a Ordenança de 1749, sendo que estas diversas Ordenanças já representam um ensaio de codificação.

Em fins do seculo XVI appareceu na França o *Guidon de la mer*.

Com Luiz XIV nasceu a idéa de se colleccionarem as leis. Foram então editadas as duas famosas Ordenanças, uma relativa ao commercio terrestre, em 1673, e outra relativa ao commercio maritimo, em 1681, além de outras em 1784 e 1786 sobre a policia da navegação, e em 1778 e 1779 sobre presas.

Pelas Ordenanças e pelos tres grandes jurisconsultos Valin, Emérigon e Pothier foi guiado, então, o Direito Commercial.

Valin publicou, em 1760, um *Commentaire sur l'Ordonnance de la marine*; Emérigon, em 1784, o *Traité des assurances et des contrats à la grosse*, e Pothier diversas obras, das quaes são as mais importantes as Pandectas.

Merecem tambem menção: Stracca, *Tractatus de mercatura seu mercatore*; Scaccia, *Tractatus de commerciis et cambio*; Torre, *De cambiis*; Savary, *Le parfait négociant*; Ansaldo de Ansaldis, *Discursus legales de commercio et mercatura*; Casaregis, *Discursus legales de*

commercio; Baldasseroni, *Necessità di un Codice commerciale e basi sulle quali dev'essere compilato*, e o outro Baldasseroni, *Dizionario della giurisprudenza mercantile*.

14. — Costumam os autores dividir a historia da legislação commercial em dous grandes períodos: o anterior e o posterior á codificação.

Podemos indicar como fontes dos codigos:

1.º As decisões dos consulados ou juntas de commercio da Italia e da França, representadas nas collectaneas *Consolato del mare*, *Rôles d'Oléron* e *Guidon de la mer*.

2.º As Ordenanças Reaes de França e a de Burgos (Hespanha).

3.º Os trabalhos dos jurisconsultos.

O primeiro Codigo elaborado foi o francez, em 1807. Iniciado pela Revolução Franceza, foi terminado por Napoleão I, aproveitando em grande parte as Ordenanças de Colbert, o insigne ministro de Luiz XIV, e entrou a vigorar em 1.º de Janeiro de 1808. Seguiram-se-lhe o hespanhol, de 30 de Maio de 1829, o hollandez, de 10 de Abril de 1838 e o portuguez, de 18 de outubro de 1833.

15. — Estes quatro Codigos foram a fonte do nosso, que por iniciativa do Visconde de Sepetiba, foi elaborado por uma commissão de jurisconsultos nomeada e presidida por José Clemente Pereira, e, depois, promulgado pela Lei n. 556 de 25 de Junho de 1850.

No período anterior á Independencia, observavamos as Ordenações do Reino e as Leis extravagantes, como as Ordenanças de Bilbáo, as Sete Partidas, etc. Depois da abertura dos nossos portos ao commercio estrangeiro, em 28 de Janeiro de 1808, é notavel o

Decreto n. 447 de 19 de Maio de 1846, regulando as capitancias dos portos, ancoradouros, etc.

O Codigo Commercial de 1850 divide-se em tres partes e mais um titulo unico: a 1.^a parte intitula-se — Do commercio em geral — a 2.^a — Do commercio maritimo — a 3.^a — Das quebras — ; o titulo unico — Da administração da justiça nos negocios e causas commerciaes —.

A 3.^a parte foi revogada pelo Decreto n. 917 de 24 de Outubro de 1890, que foi depois substituído pela Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, e ultimamente, pela Lei n. 2024 de 17 de Dezembro de 1908.

O Decreto n. 3257 de 10 de Abril de 1899 mandou fazer algumas correcções na publicação do Codigo.

Para a execução do “Codigo Commercial foram expedidos em 25 de Novembro de 1850, dous importantíssimos Decretos; o primeiro, n. 737, determina a ordem do Juizo no processo commercial e, mais tarde, foi mandado applicar no processo civil pelo Decreto n. 763 de 19 de Setembro de 1890; o segundo, n. 738, regulamentava os Tribunaes de Commercio e o processo das quebras, tendo sido alterado, na 1.^a parte, pelo Decreto n. 1597 de 1.º de Maio de 1855, e na 2.º. parte, pelas leis e regulamentos de fallencias posteriores.

Em 1860, o Ministro da Fazenda, Angelo Moniz da Silva Ferraz, emprehendeu disciplinar com maior severidade as questões commerciaes e especialmente as que interessavam os bancos. A Lei n.º 1083 de 22 de Agosto de 1860 edictou providencias sobre os bancos de emissão, meio circulante, companhias e sociedades, restringindo a liberdade de emissão de títulos ao portador e permittindo-a unicamente em virtude de autorização legislativa.

O Decreto n. 2685 de 10 de Novembro seguinte regulou os bancos de circulação que então funccionavam. O Decreto n. 2692 de 14

de Novembro regulou os escriptorios ou casas de emprestimos sob penhores. O Decreto n. 2711 de 15 de Dezembro deu amplo regulamento á Lei de 22 de Agosto e o Decreto n. 2733 de 23 de Janeiro de 1861 marcou o modo de se verificarem as transacções e transferencias de acções de companhias e título negociaveis.

Em 1864, teve lugar a crise chamada do Souto, conhecido banqueiro, crise que foi attribuida ás emissões de títulos ao portador. O Governo deu curso forçado aos bilhetes do Banco do Brazil e expediu o Decreto n. 3309, regulando as fallencias dos bancos e casas bancarias, occorridas durante o prazo da suspensão de pagamentos, prescripta pelo Decreto n. 3308 de 17 de Setembro.

A Lei n. 1237 de 24 de Setembro de 1864 revogou a hypotheca commercial, que passou a ser regida pela lei civil; disposição essa reproduzida nos Decretos n. 169 A de 19 de Janeiro e n. 370 de 2 de Maio de 1890.

São importantes tambem: a Lei que aboliu o juizo arbitral necessario, n. 1350 de 14 de Setembro de 1866 e Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867; e a Lei n. 3129 de 14 de Outubro e Decreto n. 8820 de 30 de Dezembro de 1882, sobre patentes de invenção.

A Lei n. 1083 de 1860 firmára o principio da intervenção do Governo na constituição das sociedades anonymas. A Lei n. 3150 de 4 de Novembro e o Decreto n. 8821 de 30 de Dezembro de 1882 reformaram essa legislação, dando plena liberdade á constituição de taes sociedades.

O Decreto n. 164 de 17 de Janeiro de 1890 fez ainda algumas alterações e o Decreto n. 434 de 4 de Julho de 1891 consolidou todas as disposições relativas ás sociedades anonymas.

As marcas de fabrica eram reguladas pelos Decretos n. 3346 de 14 de Outubro e n. 9828 de 31 de Dezembro de 1887, que foram

modificados pela Lei n. 1286 de 24 de Setembro de 1904 e Decreto n. 5424 de 10 de Janeiro de 1905, respectivamente.

A Lei n. 2662 de 9 de Outubro de 1875 supprimiu os Tribunaes de Commercio e o Decreto n. 6384 de 30 de Novembro de 1876 creou as Juntas Commerciaes, reorganizadas pelo Decreto n. 596 de 19 de Julho de 1890.

O Decreto n. 916 de 24 de Outubro de 1890 instituiu o registro das firmas commerciaes; e a nacionalização da navegação de cabotagem, prescripta pela Constituição no art. 13, § unico, foi tornada effectiva pela Lei n. 123 de 11 de Novembro de 1892 e Decreto n. 2304 de 2 de Julho de 1896.

O Decreto n. 149 B de 20 de Julho de 1893 regulou a reivindicação dos títulos ao portador e o Decreto n. 177 A de 15 de Setembro do mesmo anno, a emissão de *debentures* ou obrigações ao portador, sendo o seu art. 5.º regulamentado pelo Decreto n. 2519 de 22 de Maio de 1897.

E' portanto, no Codigo Commercial e nessas leis extravagantes que acabamos de citar, que se encontra a nossa legislação commercial,

16. — São tambem fontes do Direito Commercial, subsidiariamente, os usos commerciaes e as leis civis, como diz o art. 2.º do Regulamento n. 737.

Os usos commerciaes preferem ás leis civis, porque o Direito Commercial é essencialmente consuetudinario. Os usos e costumes commerciaes decorrem, por sua vez, dos contractos e já mostramos, como, de accordo com a verdadeira redacção do art. 291 do Codigo, o proprio contracto prevalece sobre as leis commerciaes meramente explicativas.

O uso deve reunir certos requisitos para que possa ser invocado como fonte do Direito Commercial: 1.º deve ter uma duração (50 annos) sufficiente para impôr-se e, portanto, uma pratica isolada não equivale ao uso; 2.º deve ser considerado como uma disposição obrigatoria e não facultativa, que possa a cada momento deixar de ser observada; 3.º não deve se oppôr ás leis commerciaes imperativas, nem ás de ordem publica. (Art.25 do Decreto n. 738 de 1850).

O uso tem algumas vezes derogado leis, apesar da theoria em contrario. Quem duvidar deste asserto, á primeira vista temerario, não tem mais do que recordar as disposições imperativas da Ordenação do livro 3.º, tit.º 59, relativas aos distractos e prova dos pagamentos e comparal-as com o antigo uso brasileiro de se provarem os pagamentos por simples recibos particulares.

O art. 686 do Codigo prohiu o seguro de vida; entretanto, sem que tivesse sido revogada por lei essa disposição, as companhias de seguro de vida pullulavam no nosso meio, mesmo antes da Lei de 1895.

Os usos locaes têm sempre preferencia sobre os geraes e o art. 13 n. II do Decreto n. 596 de 1890 dá competencia especial á Junta Commercial da Capital Federal, para “consultar sobre os usos commerciaes das diversas praças e propôr ao Governo os que convenha observar em toda a Republica”. E o art. 3.º estabelece o modo de se fazer a declaração do uso.

O Direito Civil soccorre tambem o Direito Commercial, que é uma especialização daquelle: — assim dispõe o art. 121 do Codigo, em materia de contractos.

Hoje em dia, quasi todos os paizes possuem Codigos Commercias. O francez de 1807 foi modificado pelas leis de 1838, 1856, 1863, 1867, 1889, 1890, 1893 e 1894. O hespanhol de 1829 foi substituido pelo de 1885, o portuguez de 1833 pelo de 1888. O Codigo

russo é de 1835, revisto em 1842 e 1857; o da Noruega é de 1863, como também o da Dinamarca. O húngaro é de 1876. O Código federal das obrigações da Suíça, é de 1881; o italiano de 1865 foi revisto em 1882. O alemão de 1861 foi substituído pelo de 1900. O argentino é de 1889. A Inglaterra e os Estados Unidos têm o Direito Commercial, na sua maior parte, consuetudinario.

V

Relações do Direito Mercantil com a Economia Política e outros ramos do Direito. — Direito Civil. — Direito Administrativo. — Direito Penal. — Direito Público Internacional: a) em tempo de paz; b) em tempo de guerra. — Direito Internacional Privado. — Theoria dos Estatutos. — Regime consular.

17. — Depois do que ficou dito acerca da função económica do commercio, isto é, a circulação da riqueza produzida, resulta manifesta a correlação entre o Direito Commercial e a Economia Política. Um e outro têm por objecto phenomenos economicos, sendo que o commercio realiza a parte mais importante, talvez, da Economia Política — a circulação.

Quanto aos outros ramos do Direito, a unidade da sciencia juridica é um facto de tal evidencia, que se torna impossivel desconhecer as relações existentes entre elles, tão intimamente entrelaçados se acham.

18. — Sobresahem, porém, as relações que passam entre o Direito Commercial e o Direito Civil. O Direito Commercial é uma especialização do Direito Civil e, portanto, um conjunto de regras que supõem a existencia de outras regras. Estas, que formam o Direito Civil, são subsidiarias do Direito Commercial, devendo ser applicadas na falta daquellas, ou de usos commerciaes.

O Codigo Commercial, suppondo a existencia do Direito Civil, limita-se, em relação a certos factos, a determinar umas tantas regras especiaes: assim, a capacidade, a propriedade e a posse são reguladas pelo Direito Civil, omittindo o Codigo Commereial qualquer referencia ás regras que as regem. Nos contractos commerciaes as regras geraes são do Direito Civil, salvo casos especiaes, apesar mesmo das profundas alterações feitas no Direito Civil pelo Direito Commercial, quaes a onerosidade e a solidariedade dos contractos, e em materia de prova.

19. — Quanto ao Direito Administrativo, a vida do commercio não poderia subsistir sem leis de policia fiscal e aduaneira, policia administrativa e policia sanitaria, que limitam a actividade commercial em bem da organização social.

A policia fiscal applica-se aos indivíduos que querem dedicar-se ao commercio, cobra os impostos de licença, os impostos de ordem interna. Em materia aduaneira, esses impostos recahem sobre o commercio de importação e exportação, que é o mais importante.

E' inconcusso o direito que cabe ao Estado, de impor tributos aos productos que entram ou sahem do paiz. Este direito importa uma restricção da actividade commercial, por onerar o commercio.

Pela nossa Constituição, é da competencia exclusiva da União decretar impostos de importação (art. 7.º n. 1.º) e da competencia exclusiva dos Estados decretal-os sobre a exportação (art. 9.º n. 1.º). Entretanto, os Estados podem cobrar impostos de importação, com intuito proteccionista, desde que o producto delles reverta para o The-souro Federal (art. 9.º § 3.º).

A policia administrativa regula o exercício do commercio nos hotéis, *restaurants*, casas de espectaculos publicos, etc. O Estado intervém directamente na policia maritima, fiscalizando os portos,

ancoradouros, etc, regendo-se a especie pelo Decreto n. 447 de 19 de Maio de 1846.

A Lei n. 123 de 11 de Novembro de 1892 e seu Regulamento n. 2304 de 2 de Julho de 1896 regularam o preceito constitucional da nacionalização da navegação de cabotagem.

Pela policia sanitaria, o Estado fiscaliza e restringe as operações de commercio nos navios, franqueando ou impedindo as entradas e sahidas; nos generos alimentícios, permittindo ou não que sejam postos á venda, etc.

20. — Acontece, muitas vezes, o commerciante enfrentar as disposições do Direito Penal, quer se revele a violação da ordem jurídica pela impontualidade nos pagamentos, pela fraude, ou por violação de disposições expressas da lei penal.

Da impontualidade nos pagamentos presume-se a culpa do negociante; faz-se então a indagação do facto para verificar si existe a culpa ou o dolo.

Assim, pela declaração da fallencia, fica o commerciante sujeito ao processo criminal, nos termos do art. 327 e seguintes do Decreto n. 4855 de 2 de Junho de 1903.

O commerciante tambem tem de haver-se com o Codigo Penal, como tal, por delictos e contravenções relativos aos actos de commercio. No commercio maritimo, por exemplo, a pirataria é punida nos arts. 104 a 106 do Codigo Penal.

A barataria de patrão ou rebeldia (do italiano *barare*) é toda especie de malversação praticada pelo capitão contra os interesses dos armadores, seguradores ou carregadores do navio, conforme define Littré e reza o art. 712 do Codigo Commercial. Os actos de barataria não podem se limitar aos especificados nos arts. 144 a 146 do Codigo Penal, mas

extendem-se a todos os actos fraudulentos, isto é, a todos os crimes communs contra o navio ou a carga, aggravados pela qualidade de capitão ou tripulante em quem os pratica.

No Direito francez, pelo contrario, ha duas especies de barataria: a simples e a fraudulenta (art. 353 do Codigo Commercial francez).

O contrabando é a violação de uma lei fiscal e não propriamente de uma lei penal, embora o Codigo Penal o classifique como crime no art. 265. A prova de que o contrabando é de natureza essencialmente fiscal, está no facto de que cada nação tem as suas tarifas aduaneiras muito diversas das de outras nações. E' por isso que não constituo crime num paiz, o contrabando feito em detrimento de outro paiz.

21. — As relações entre as diversas nações modificam-se profundamente, conforme a situação dessas nações entre si, ou por accordos directos ou tratados, ou por aquelles princípios chamados de Direito Internacional. E como o estado das nações é de paz ou de guerra, assim diversifica o Direito Internacional.

A guerra dá-se, é verdade, entre as nações; mas é acceito um principio absurdo, pelo qual os belligerantes têm o direito de atacar a propriedade privada, o que não é permittido em tempo de paz. Tal principio é injuridico, assenta numa praxe inveterada, mas, como dissemos, absurda.

As relações do Direito Commercial com o Direito Publico Internacional affirmam-se principalmente no Direito Maritimo. Os Estados têm o direito de impôr certas formalidades aos navios que demandam os mares territoriaes, como a fiscalização e a tributação das mercadorias provenientes do estrangeiro.

Esta tributação reveste o character propriamente fiscal, ou o de taxa prohibitiva, que impede, disfarçadamente embora, a entrada de certas e determinadas mercadorias no territorio do paiz.

Assim, o imposto de importação, que age sobre o commercio estrangeiro e lhe cerceia a liberdade, pode ter em vista simplesmente a cobrança de recursos para subvencionar as despesas do paiz, ou a protecção dos productos similares do mesmo paiz.

A guerra de tarifas, desde a segunda metade do seculo XIX, não tem uma explicação sufficiente; mas não se pode contestar o direito que cabe ao Estado, de proteger os productos nacionaes, direito que, comtudo, não deve ter o character odioso de excepção em relação a este ou áquelle paiz, porque poderia até originar um *casus belli*, em vista da sua natureza offensiva.

Antes do estado de guerra, os Estados praticam certos actos que, constituindo offensa á propriedade particular, tendem a obrigar a nação com que se está em litigio, ao reconhecimento de determinadas regras. As represalias sobre a propriedade particular, a retorsão, são actos que desnaturam as obrigações internacionaes existentes, pois incidem sobre a propriedade particular.

Declarada a guerra, esta negação do direito de propriedade se accentua ainda mais, pela liberdade de perseguir o commercio maritimo da nação inimiga, por meio de navios corsarios e dos proprios navios de guerra.

A questão do corso tem levantado grandes contestações. Após a guerra da Criméa, reconheceu-se a inconveniencia de continuar o corso, por inverter os principios basicos do Direito Internacional; mas os Estados Unidos se negaram a tomar parte num accordo a respeito, e por isso o corso continua a existir, com esse nome ou com outros disfarçados, como o de *esquadra voluntaria*, na recente guerra russo-japoneza.

E' de notar que a perseguição do commercio pelo corso, segue certas normas, emanadas de Catharina I, da Russia, e que foram geralmente acceitas.

Tratando-se de navios neutros, só se justifica a apprehensão delles quando transportam contrabando de guerra.

Não ha regras para estabelecer quaes os productos que devem ser considerados contrabando de guerra: o principio geral, porém, é que tudo que possa favorecer a defesa ou a manutenção do estado do inimigo, constitue contrabando de guerra. Entretanto, ha muitos productos da industria que podem ser inoffensivos por se destinarem a fins pacificos, como podem ser elementos de guerra: por exemplo, o carvão de pedra. E' ao tribunal de presas que compete decidir si o producto é ou não, contrabando de guerra.

A presa abrange ou os navios neutraes, desde que estes concorram com contrabando de guerra para a defesa do inimigo, ou os navios e mercadorias inimigas.

A declaração de guerra obriga as nações extranhas a ella a observancia de umas tantas regras, que constituem a neutralidade.

Os navios belligerantes exercem o direito de visita, para verificar si as leis de neutralidade são violadas. Certas zonas ficam sujeitas ao bloqueio, que consiste em isolai-as de qualquer contacto estranho; mas é mister que seja effectiva e real a prohibição do accesso a ellas. Só neste caso é que os navios que não respeitarem o bloqueio, ficam sujeitos a apprehensão. Desse estado de facto, nascem o direito e as obrigações do bloqueio.

Vemos, pois, que as relações do Direito Commercial com o Direito Publico Internacional fundam-se principalmente no commercio

maritimo. As que passam entre aquelle e o Direito Internacional Privado têm applicação sobretudo no commercio terrestre.

22. — A situação do estrangeiro no paiz, a capacidade dos diversos indivíduos, as fórmulas dos actos, os conflictos de legislação, todas as questões que podem surgir em materia de contracto e que são diversamente disciplinadas, deixam ver claramente que não é possível abstrahir das relações do Direito Internacional Privado com o Direito Mercantil. Com effeito, o Direito Civil é geralmente interno, ao passo que o Direito Commercial é quasi sempre externo.

O estrangeiro era antigamente equiparado ao inimigo, *hostis*, e dahi uma legislação toda especial, com um magistrado proprio, *o proetor peregrinus*, e a adopção e ampliação ulterior do *jus gentium* a todos os que não gozavam do *jus civile*. A lei tinha sempre em vista a pessoa que havia de submeter-se ás suas disposições, a pessoa era o seu elemento capital; ella acompanhava o individuo a qualquer logar onde este fosse e o individuo, em terra estranha embora, regia-se pelo seu direito nativo.

Na idade média, porém, abandonou-se este principio; a soberania passou a medir-se pela extensão do territorio; o individuo que vinha habital-o ficava sujeito ás suas leis. Predominava já o elemento real.

O mundo moderno, si não fez desaparecer o elemento pessoal e o elemento real, combinou-os, sujeitando áquelle umas, a este outras relações.

Dahi a divisão dos direitos em dous estatutos — o estatuto pessoal e o estatuto real.

O primeiro abrange as questões que dizem respeito á pessoa do individuo: assim é que a capacidade, os direitos de família, de

successão, como qualquer requisito para adquirir bens ou para contractar, são regidos pelo direito do paiz de origem do individuo.

Tratando-se, porém, de regular certa ordem de actos e contractos, como o penhor, a hypotheca, etc, vigem as disposições que regem o instituto, no paiz onde se realizam. E' o estatuto real.

Pelo art. 72 da nossa Constituição, são equiparados aos brasileiros os estrangeiros residentes no paiz. Quanto aos estrangeiros não residentes no Brazil, applicam-se-lhes algumas regras que restringem as disposições do dito art.; assim, são elles obrigados a caucionar as custas nas acções que moverem (Decreto n. 564 de 10 de julho de 1850); não podem explorar a navegação de cabotagem, etc.

Fóra disto, os estrangeiros têm tão plenos direitos como os nacionaes, o que demonstra o espirito liberal da nossa Constituição.

23. — A instituição dos consules, de origem grega, visa proteger os nacionaes residentes em paiz extranho e facilitar o commercio.

Hoje em dia, os consules não são mais o que eram os *proxenas* na Grecia antiga, nem as conservatorias de Portugal. Não são os chefes das associações, como na idade média. O direito de nomear consules compete, hoje, á soberania, á nação, como a ella tambem compete o direito de conceder *exequatur* á nomeação feita pelo governo estrangeiro.

As funções consulares são, entre nós, reguladas pelo Decreto n. 4968 de 24 de Maio de 1872 e se dividem em funeções de informação, funeções de protecção e auxilio e funeções de notariado.

24. — A fôrma dos contractos é importantíssima no Direito Commercial; ella é intrinseca ou extrinseca.

A fôrma intrinseca, implicita, consiste na observancia das disposições legaes acerca das formalidades habilitantes, como a capacidade e o consentimento dos contractantes.

Mas, como o consentimento pode ser regulado por leis de differentes paizes, nasce dahi uma questão importantíssima: a de saber qual a lei que deve reger o caso.

A fôrma externa é a fôrma visivel do acto, a escriptura, que tambem pode estar sujeita a legislações diversas.

O principio geralmente acceito é que rege a fôrma dos actos, a lei do lugar em que elles são feitos; é o principio *locus regit actum*, transplantado para o Decreto n. 737 de 1850, art. 3.º § 2.º

Mas elle não é bastante para dirimir todas as duvidas. Assim, um contracto feito pelo telegrapho entre Bio de Janeiro e Londres, por qual lei é regido? Qual a lei que regula um contracto feito em alto mar, durante uma viagem? São casos esses para os quaes não se pode formular uma regra invariavel, devendo-se ter em vista uma quantidade de circumstancias.

PARTE PRIMEIRA
DO COMMERCIO EM GERAL

Secção 1^a

Das Pessoas

VI

Commerciantes, pessoas individuaes e collectivas. — Condições exigidas para ser commerciante.— Capacidade. — Menores e mulheres casadas. — Obrigações dos commerciantes. — Vantagens o privilegios. — Prova dos livros commerciaes.

25. — Ha dous systemas legislativos para a definição do que seja commerciante: um, o subjectivo, prende-se ao antigo conceito subjectivo dos actos de commercio; outro, o objectivo, liga-se ao conceito objectivo desses actos.

A preferencia deve ser em favor do segundo systema, ainda que não se possam desconhecer as vantagens praticas do primeiro, consistentes no estabelecimento de certas formalidades para que o individuo seja considerado commerciante. Taes condições e formalidades approximam-nos muito do character pessoal e individual que tinha o Direito Commercial.

Hoje, a autoria dos actos do commercio é indifferente e, assim sendo, não pode mais prevalecer a antiga theoria subjectiva.

Parece, pela letra do art. 4.º doCodigo Commercial, que o legislador brasileiro seguiu o systema subjectivo, porque faz depender da matricula o gozo das prerogativas de commerciante, ao passo que outras legislações se baseiam unicamente no exercício dos actos.

Mas não só a interpretação doutrinaria como a jurisprudencia de 50 annos, têm entendido que a matricula não é indispensavel para alguém ser considerado commerciante. Ella apenas dá vantagens secundarias que, hoje em dia, nada significam, taes como a isenção do serviço da Guarda Nacional, e o privilegio de passar procurações ou documentos de proprio punho (arts. 21 e 22 do Codigo), aliás ampliado a todas as pessoas habilitadas para os actos da vida civil, pelo Decreto n. 79 de 23 de Agosto de 1892. O privilegio de não soffrer arrestos ou embargos (Regulamento n. 737 art. 321 § 5), parece tambem ter desaparecido depois do Decreto n. 917 de 1890.

Os outros privilegios, como os títulos nobiliar-chicos, foram abolidos pela Constituição de 24 de Fevereiro de 1891.

26. — O Decreto n. 4855 de 2 de Junho de 1903, regulamentando a Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, ora revogada, continha, no art. 2.º, uma definição completa e satisfactoria do que seja commerciante, visto encerrar em ai todo o conceito doutrinario d'elle.

Dizia esse art.: “Para os effeitos da fallencia, só se considera commerciante o devedor que, em seu nome e por conta propria, sob firma individual ou social, inscripta ou não no Registro do Commercio, faz da mercancia profissão habitual”.

A qualidade de commerciante não se pode deduzir só de certas formalidades; deduz-se do facto de praticar alguém actos de commercio habitualmente e por profissão. O habito só, tambem não é bastante; deve constituir uma profissão. Por isso dizia o art. 2.º citada — profissão habitual —.

Isto não significa que é mister o individuo se dedique exclusivamente ao commercio; elle pode exercer outras profissões, mas desde que pratique tambem, por profissão, actos de commercio, é commerciante.

Além do exercício habitual da profissão mercantil, o individuo deve praticar-a em seu nome e por conta propria. E' por isso que os caixeiros, feitores, guarda-livros, embora pratiquem habitualmente actos de commercio, não são commerciantes, porque o fazem em nome e por conta de outrem.

Os membros de uma sociedade mercantil, mesmo os solidariamente responsaveis, que têm nome na firma, não exercem o commercio em seu proprio nome. Portanto, como diz Vivante, elles não são, individualmente, commerciantes.

Não affecta tal conclusão o facto de a Lei das fallencias sujeital-os aos efeitos da fallencia da sociedade (art. 6.º da Lei n.º 2024 de 1908), porque ella tambem sujeita aos mesmos efeitos outros individuos que não podem exercer o commercio, como os corretores e agentes de leilões. Com effeito, os arts. 59 e 68 do Codigo prohibem a uns e outros o exercicio do commercio. Demais, elles não negociam por conta propria, mas por conta alheia; logo não são commerciantes.

E os commissarios? Estes exercem o commercio em seu proprio nome e assim, respodem pelas obrigações contrahidas perante as pessoas com que contractam; são interessados, ao contrario do corretor, em que genero obtenha a maior preço, para crescer tambem o seu lucro. Dispõem do genero, como si fossem os donos e reúnem todas as mercadorias e vendem-n'as como suas proprias sujeitando-se aos riscos da operação. Logo, são commerciantes.

27. – O commercio póde ser praticado por uma pessoa individualmente, ou por pessoas collectivas; as sociedades mercantins são as pessoas commerciantes collectivas.

A sociedade mercantil constitue pessoa diversa da pessoa dos socios que a compõem e as operações da sociedade não são feitas sinão

em beneficio della; as sociedades mercantis estavam tambem incluidas na definição do art. 2º. Do Decreto n. 4855.

28. – De acordo com o art. 1º do Codigo, podem exercer o commercio todas as pessoas naturaes ou juridicas que estiverem na livre administração de suas pessoas e bens, e não fôre, expressamente prohibidas no Codigo (n. 1).

Mas, além das pessoas juridicas, no numero das pessoas naturaes, alguma ha, cuja admissão como commerciantes constitue uma especie de derogação do Direito Civil: é o que se dá com os menores e com as mulheres casadas. (n. 2, 3 e 4).

Nem uns nem outras têm a livre administração dos seus bens, apesar de qualquer pacto em contrario; não são *sui juris*, mas *alieni juris*; provando porém, por escriptura publica, que têm auctorização paterna ou marital, podem commerciar.

Os menores legitimamente emancipados, de que falia o n. 2 do art. 1.º, o são, ou pelo casamento, ou por acto do juiz, mediante o supplemento de idade, quer em virtude de consentimento paterno, quer sem elle. Desde então são considerados maiores, para poderem commerciar exclusivamente e, no exercício do commercio, podem dispôr dos bens de raiz, conforme faculta o art. 26 do Codigo; cousa que lhes é vedada no Direito Civil.

Uma vez dada a auctorização paterna, pode ella ser revogada? O art, 28 do Codigo permite a revogação da autorização marital, mas não se occupa da paterna. Parece-nos que esta é irrevogavel, pois a autorização para commerciar corresponde a uma verdadeira emancipação; salvo, naturalmente, as restricções e interdicções que sempre têm lugar.

A ultima parte do n. 3 do art. 1.º é letra morta, porque basta alguém attingir aos 21 annos para ser maior, independentemente de qualquer formalidade.

Do mesmo modo, a prohibição de commerciar, contida no art. 2.º n. 3, quanto ás corporações de mão morta, clérigos e regulares, não tem mais razão de ser hoje em dia, porque a Constituição da Republica, estabelecendo plena liberdade de cultos, fez desaparecer semelhante restricção.

O fallido não tem capacidade para commerciar, porque não está na administração dos seus bens, da qual ficou privado em consequencia da fallencia.

O art. 3.º do Codigo é perfeitamente desnecessario, visto como os prestamistas não praticam acto de commercio.

A matricula é estabelecida no art 4º, apenas como uma presumpção, que vige enquanto não se provar o contrario. Como vimos, a matricula não é indispensavel para dar a alguém a qualidade de commerciante.

Na pratica, esse art. 4.º foi substituido pelo Decreto n. 916 de 24 de Outubro de 1890, que creou o registro das firmas commerciaes, cujo registro, embora facultativo, é necessario para certos actos.

29. — A primeira obrigação dos commerciantes (art. 10.º, n. 1 do Codigo) é a de terem os livros necessarios para uma boa escripturação dos seus negocios, afim de bem conhecerem a sua situação.

Os livros exigidos pelo Codigo são o *Diario* e o *Copiador de cartas* (art. 11), mas ha outros não menos necessarios, como o *Razão* e o de *Contas Correntes*.

As sociedades anonymas têm mais os livros das actas, das transferencias de acções, etc.

A falta destes livros é punida com prisão, no caso de fallencia (art. 37 § unico da Lei n.º 2024 de 1908), e com deferimento de juramento suppletorio á parte contraria (art. 20 do Codigo).

30. — Taes livros fazem prova plena contra os seus proprietarios e contra commerciantes ou não, desde que se refiram a documentos existentes, que mostrem a natureza das transacções.

Elles devem revestir os caracteres enumerados no art. 13, afim de poderem merecer fé, a escripturação deve ser feita em fórma mercantil e na ordem chronologica (art. 14.)

Contra o principio geral de que ninguem pode fazer prova a seu favor, os commerciantes gozam desse privilegio. Este e o outro de poderem lançar mão dos meios preventivos da fallencia, e, declarada esta, obter concordata sem necessidade de accordo com a totalidade dos credores, constituem privilegios importantes dados aos commerciantes.

VII

Sociedades commerciaes, definições, condições organicas, especies. — Personalidade. — Associações sem personalidade jurídica. — Sociedades do facto.

31. — O commercio, quando exercido por pessoas collectivas, dá lugar ás sociedades commerciaes.

Chama-se, em geral, sociedade, á reunião de duas ou mais pessoas para um fim commum; mas isto não é bastante para caracterizar a sociedade commercial.

Esta é a reunião de dous ou mais individuos para um determinado fim de especulação mercantil. Nella, a reunião de dous ou

mais individuos, a combinação dos esforços não basta; é indispensavel a existencia de um *intuitus societatis*, do qual resulte um fim de interesse commum.

Não havendo tal intuito de interesse commum, muito embora haja combinação de esforços, deixa de existir sociedade commercial. Os guarda-livros, feitores, caixeiros, reúnem-se ao commerciante e, de combinação, praticam actos de commercio; mas não ha sociedade entre elles, porque não visam um interesse commum, não têm o mesmo intuito de especular.

E' elemento essencial de toda sociedade mercantil, que todos os socios lucrem ou percam na proporção estabelecida: uma sociedade em que um só individuo lucrasse, seria uma sociedade leonina, em que elle faria o papel do leão da fabula. O Codigo Commercial prohibe-a no art. 288.

Podemos, pois, definir a sociedade commercial como a reunião de duas ou mais pessoas para a pratica de actos de commercio, com um intuito commum de lucro.

Os lucros que ganham os empregados a quem se dá o nome de *interessados*, não fazem com que elles sejam socios; elles não têm *intuitus societatis*, visto como, si recebem os ordenados em determinada proporção, baseada nos lucros, não incorrem todavia nas perdas que tenha a sociedade.

Para que exista a sociedade commercial é preciso, portanto: 1.º que haja reunião ou combinação de esforços de duas ou mais pessoas para um fim commum; 2.º que esse fim seja a pratica de actos de commercio; 3.º que haja o intuito commum de especulação.

A combinação de esforços supõe que cada um dos associados entre para o fundo social com uma quota em dinheiro, em trabalho ou em bens, conforme prescreve o art. 287 do Código Commercial.

Si algum dos socios não contribuísssem desse modo para o fundo social, teria tudo a lucrar, nada a perder na sociedade, porque não seria atingido pelas perdas que a sociedade soffresse.

Quando a quota consiste em trabalho, o prejuízo é representado pela perda de tempo e esforço com que se contribuiu.

Ainda que algumas legislações não considerem o socio de industria como verdadeiro socio, a nossa considera-o. Muitas vezes, até, acontece que o trabalho do individuo representa valor muito maior do que a contribuição dos outros socios que entram com o capital.

Assim o direito não fez mais do que sancio-nar a pratica dos factos, igualando o trabalho com o capital e, em nosso Código, equiparando o socio de industria ao socio capitalista de menor entrada, (art. 319).

Do facto de ser necessario que todos os associados participem de um intuito commum, não se segue que tenham todos a mesma medida de responsabilidade. Esta varia conforme a combinação feita nos estatutos sociaes, e da mesma fórma valia a contribuição do capital.

A's vezes, tem-se mais attenção ao nome e á personalidade do socio, do que ao capital com que elle entrou: outras vezes a importancia dos capitaes é que tem valor. Dahi a differença entre as sociedades *intuitu personae* e as sociedades puramente de capitaes.

Nas primeiras, a medida da responsabilidade dos socios em face dos terceiros se regula pela responsabilidade que elles assumem no contracto social; nas segundas, pela quota das contribuições com que entraram para a sociedade.

Podemos mencionar ainda uma terceira especie de sociedade, que funde estes dous elementos: são as sociedades mixtas, de pessoas e capitaes. Nellas, ha socios que respondem indefinidamente pelos compromissos sociaes e outros que cifram a sua responsabilidade ao capital com que entraram. A sociedade fica sendo pessoal, em relação aos primeiros e limitada em relação aos segundos.

A sociedade em nome colectivo é o typo da sociedade *intuitu personae*. A esta pode-se accrescentar a sociedade em commandita simples, que é *intuitu personae*, enquanto que a commandita por acções é mixta. Nesta ultima, as acções são transmissíveis pelos socios, independentemente da vontade dos outros, ao passo que, naquella, os socios não podem transferir a sua parte.

As sociedades anonymas são sociedades puramente de capitaes.

Taes vêm a ser as condições intrinsecas e geraes de todas as sociedades commerciaes.

32. — A grande maioria das sociedades commerciaes têm alguma cousa de especial, que justifica a sua inclusão entre as pessoas commerciaes: a sociedade, baseando-se no contracto, assume uma feição que lhe dá a apparencia de um organismo vivo, de uma verdadeira pessoa, não de uma ficção do Direito apenas, como pensavam os Romanos.

Com effeito: a) toda a pessoa civil se distingue das outras pelo nome com que se faz conhecer, com que contrahe obrigações, etc. Ora, as sociedades mercantis têm um nome, que é essencialmente diverso do nome dos indivíduos que as compõem: é o nome pelo qual uma sociedade se distingue de qualquer outra, é, em summa, o nome colectivo ou social.

b) A sociedade tem um domicilio, como qualquer individuo e o domicilio social não se confunde com o dos socios.

c) A sociedade (é este o ponto capital, essencial) tem um patrimonio seu, que tambem não se confunde com o dos socios. O art. 292 do Codigo Commercial distingue claramente os bens da sociedade dos bens dos socios, e a Lei das fallencias o faz ainda mais nitidamente (art. 75 da Lei n. 2024 de 1908.)

Seria até absurdo suppôr que o que pertence á sociedade pertença a cada socio, do mesmo modo que seria absurdo suppôr que o que pertence a cada socio pertença á sociedade.

O direito que os socios têm ao fundo social, não é, como muitos imaginam, um direito de propriedade sobre os bens sociaes; é apenas um direito de credito sobre elles, tanto assim, que os não podem alienar, nem lançar mão delles na vigencia da sociedade.

Não é tambem uma communhão civil, ou *condominium*, que é, por sua natureza, temporario; pelo contrario, os socios não podem, á vontade, retirar da sociedade a sua parte, mas devem aguardar a dissolução delia, e, depois da liquidação do acervo, dividir entre si o restante.

O direito de propriedade e o condomínio são até repugnantes ás sociedades.

A personalidade das sociedades commerciaes não é, pois, uma simples ficção de Direito, mas um facto positivo e real. A lei regula, estatue as condições em que se verifica a personalidade jurídica, mas independente da lei, a pessoa commercial é uma pessoa diversa da do commerciante.

Tudo nos mostra essa existencia real: a sociedade commercial nasce, vive e morre como qualquer pessoa; nasce pelo contracto, começa

a agir em esphera diversa da dos socios, morre pela vontade dos socios ou da lei, sem que o seu desaparecimento affecte a personalidade dos socios.

No dizer de Fouilet, as sociedades particulares, as nações, constituem verdadeiros organismos, nos quaes o individuo é uma abstracção, pois não se concebe individuo fóra da sociedade; só a sociedade é real.

Sem querer ir tão longe, podemos dizer que as sociedades commerciaes, como as nações, têm uma vida propria tão real, tão independente da dos socios, como um verdadeiro organismo. A sociedade commercial move-se independentemente da acção dos socios, num campo que lhe é proprio.

33. — E' bem de ver que não basta a circumstancia de existir um patrimonio commum, para se dar desde logo o nascimento da sociedade commercial; ou, em outras palavras, nem todas as communhões sociaes formam sociedade, nem sempre que ha communhão ha sociedade; pode haver patrimonio commum sem personalidade.

Assim, encontramos sociedades commerciaes que são pessoas juridicas, e outras que o não são.

Aqui faz-se sentir a acção da lei. Não pode existir uma personalidade que como tal não se apresente em publico; para que haja pessoa jurídica, é preciso que a sociedade appareça publicamente como tal.

Dahi o principio da publicidade do contracto commercial, principio amparador dos direitos dos terceiros. Quando o contracto não é dado ao conhecimento publico, a sociedade não adquire personalidade. Por isso, a sociedade em conta de participação não tem a vida de relação que possa formar delia uma personalidade; a sua vida é toda intima.

Taes sociedades, tambem chamadas — associações — são um contracto social formado para determinadas operações, de natureza transitoria. Nellas figura apenas, em seu nome individual, o socio gerente; para o publico não existe sociedade, ella só existe entre os socios, é como que secreta.

A lei, em attenção ao character temporario da sociedade em conta de participação, não lhe exige a publicidade. Ora, desde que o contracto não se torna publico, é justo que os socios não tenham o direito de oppor a terceiros a existencia da sociedade em face destes, fica sendo unico responsavel o socio gerente, pois não pode, em boa fé, allegar contra elles a separação do patrimonio seu, do da sociedade, que não existe para esses terceiros.

Portanto, as sociedades que não figuram perante terceiros como pessoas distinctas das pessoas dos socios não têm personalidade juridica; para que a tenham, devem como tal se revelar.

O modo de dar publicidade ou conhecimento aos terceiros da existencia da sociedade, acha-se taxativamente imposto no Codigo.

Exige-se um contracto solemne, formal, sem o qual não se adquire personalidade. Deve ser um contracto por escripto, quer seja escriptura publica, quer particular. (Art. 800).

E' este contracto que dá nascimento á sociedade. Mas é mister ainda a publicidade, que consiste no archivamento do contracto no Registro do Commercio, hoje a cargo das Juntas Commerciaes (Art. 301).

Depois do archivamento do contracto e depois de admittido o registro, a sociedade se considera legitimamente constituida e pode operar como qualquer pessoa.

Em geral, a sociedade apresenta dous exemplares do contracto: um fica archivado e outro é devolvido ás partes com as respectivas averbações.

Tudo isto é necessario para que os socios tenham direitos e possa valer a sociedade entre os socios e contra terceiros.

Sem o preenchimento de taes formalidades, os socios não podem intentar acção entre si para a execução do contracto, si bem o possam para haver quantias com que entraram, ou fruir lucros que tenha havido.

Mas o rigor da disposição do art. 801 *in fine*, não deve ser levado ao extremo; tanto que a jurisprudencia tem admittido a possibilidade de direitos entre os socios, mesmo sem a existencia de contracto. Seria contra a equidade, que pessoas em boa fé ficassem prejudicadas pela simples inexistencia ou falta de archivamento do contracto. E então a doutrina e a jurisprudencia têm reconhecido a existencia de sociedades de facto, considerando-as como communhões mercantis.

Ellas não geram direitos e obrigações entre os socios, mas, pelo principio de que ninguem pode locupletar-se com a jactura alheia, os socios têm direito de haver, em relação ao passado, aquillo com que houverem concorrido para o lucro dos demais, com o desembolso de capitaes ou despesas feitas.

Do mesmo modo, ácerca das acções contra terceiros, de que trata o art. 303; o rigor dessa disposição tem sido mitigado.

Não ha acção, tratando-se de uma demanda que se relacione com a existencia da sociedade; mas, si a divida é independente da sociedade, esta tem acção sem precisar provar a sua existencia.

Admitte-se, pelo contrario, acção dos terceiros contra os socios solidariamente, independente de contracto social (art. 304). Filia-se isto ao principio de Direito Commercial, que é um dos caracteristicos da evolução do Direito Mercantil: a presumpção da solidariedade das obrigações collectivas.

Com effeito, a não admittir-se acção contra os socios, pela inexistencia de um contracto, os papeis se inverteriam e, cada vez que se houvesse de tratar com uma sociedade, seria preciso verificar a existencia do contracto social; isto equivaleria a paralisar toda a vida commercial.

O principio basico é este: todas as obrigações commerciaes de duas ou mais pessoas, são solidarias, emquanto não se provar o contrario: cada um dos que nellas intervem, responde illimitadamente como si fosse o unico obrigado.

Ora, si assim é, quando alguém contracta commercialmente com dous ou mais indivíduos, presume-se que estes são socios; a elles compete provar que o não são. Si o não fizerem, a presumpção dá ganho de causa a quem a allega.

E' por isso que o Codigo permite aos terceiros fundarem suas acções mesmo em presumpções, decorrentes de certos factos que trazem a convicção da existencia de um contracto (art. 305).

Por essa razão ainda, emquanto não houver sido registrado o distracto de alguma sociedade, presume-se que ella continua a existir, e subsiste a responsabilidade dos socios (art. 338).

A aquisição, como a perda da personalidade propria das sociedades commerciaes, depende, portanto, da publicidade.

VIII

Sociedades de pessoas: a) em nome colectivo; b) em commandita simples; c) de capital e industria.

34. — Às sociedades commerciaes podem ser de pessoas e de capitaes, como vimos, e desta distinc-ção resulta regimen differente para os dous grandes grupos.

As sociedades de pessoas comprehendem as em nome colectivo, em commandita simples e de capital e industria, de que tratam os arts. 311, 315 e 317 do Codigo Commercial; collocando, porém, este, em primeiro lugar, as sociedades em commandita.

A ordem seguida por nós é mais natural. E' uma das regras fundamentaes do Direito Commercial, que toda obrigação commercial collectiva se presume solidaria, si não ha um pacto expresso, do qual resulte o contrario. Ora, si a regra é a solidariedade, e a não solidariedade é excepção, devemos estudar primeiramente as sociedades solidarias ou em nome colectivo, e depois as commanditas, sociedades não solidarias.

Assim tambem, pelo lado historico, as sociedades em nome colectivo antecederam as commanditas. A não ser a sociedade dos publicanos ou *vectigalium*, a sociedade em nome colectivo é a primeira conhecida.

Pelo contrario, a sociedade em commandita originou-se na idade média e foi devida ás condições peculiares áquella epoca. Então e mesmo depois, a profissão de commerciante ou traficante, era pouco honrosa; entendia-se que os nobres e os sacerdotes desciam da sua posição quando traficavam. Mas, como a ambição do dinheiro não existe menos no nobre do que no plebeu, surgiu a idéa de participar dos lucros do trafico, sem que isto resultasse publicamente, sobretudo depois de dobrado o Cabo da Boa Esperança e após a descoberta da America.

Dahi nasceram os contractos de *pacotilha*, encommenda ou commandita, pelos quaes se confiava dinheiro aos capitães, afim de trocarem em mercadorias ou comprarem outras, auferindo o capitalista parte dos proventos da especulação. O dador ou prestador de capitaes não apparecia e, como o publico não vinha a saber quem elle era, os proprios reis podiam assim traficar, sem desdouro.

Deste modo, os terceiros não tinham direito de reclamar do capitalista, qualquer compromisso assumido pelo capitão; este era o unico responsavel.

Os prejuizos, si houvesse, só podiam tocar ao prestamista até á importancia dos capitaes com que entrára; elle não se responsabilisava pelos demais.

Este contracto de pacotilha, de que surgiu a commandita moderna, foi uma especie de derogação do direito então vigente: tanto assim, que se confunde muitas vezes com a conta de participação c com a sociedade anonyma.

A sociedade em commandita é, pois, posterior á em nome colectivo.

35. — A sociedade em nome colectivo é o typo mais commun das sociedades mercantis.

A definição que della dá o art. 315 do Codigo, não satisfaz, porque não comprehende todos os caracteres que distinguem a sociedade em nome colectivo e abrange até uma especie particular de sociedade —a sociedade por acções.

Com effeito, a reunião de duas ou mais pessoas para commerciar em commun, é um character geral de todas as sociedades; a firma social, ou nome colectivo, tambem não é uma especialização. O character essencial das sociedades em nome colectivo escapou a este art.

do Código Commercial e vem apparecer no art. seguinte: é a responsabilidade solidaria e illimitada dos socios; é isto que constituo o elemento específico dellas.

A sociedade em nome colectivo é a unica em que todos os socios são solidariamente responsaveis, dando assim corpo á presumpção da solidariedade, propria do Direito Commercial. Mas não é só solidariedade, é solidariedade illimitada.

Definiremos então a sociedade em nome colectivo como a reunião de duas ou mais pessoas para commerciar em commum, sob uma razão social, sendo todos os socios solidaria e illimitadamente responsaveis.

Os socios respondem, cada um individualmente, por todos os compromissos assumidos pela sociedade e até mesmo, com o seu patrimonio individual, além dos capitaes com que entraram.

E' por isto que muitos dizem que não ha diversidade de patrimonios, isto é, que o patrimonio da sociedade se confunde com o patrimonio de cada um dos socios.

E' indiscutível que os membros da sociedade respondem com seu patrimonio, mas não *principalmente*, sim *subsidiariamente*, ou na falta de fundos sociaes.

A situação delles é identica á dos fiadores em qualquer obrigação; estes respondem totalmente, mas podem invocar o beneficio de ordem, pelo qual, só depois de excutidos os bens do afiançado é que virão a sel-o os seus.

O mesmo se dá nas sociedades solidarias: só depois de se provar que os fundos sociaes não são suficientes para solver os compromissos da sociedade, é que responde por estes o patrimonio dos

socios. O principal obrigado é o patrimonio social; na falta delle e subsidiariamente, os bens dos socios.

De modo que, os patrimonios estão perfeitamente distinctos, o patrimônio social não se confunde com o patrimonio individual dos socios.

Tanto a sociedade solidaria é da mesma natureza jurídica da fiança, que o socio que paga as dividas sociaes tem acção regressiva contra os outros socios, na proporção do que lhes competia pagar. Si houvesse confusão de patrimonios, tal não se daria.

E' este o character da sociedade solidaria, o que a distingue das outras especies de sociedades.

O art. 816 do Codigo estabeleceu uma regra pela qual, na pratica, têm surgido as maiores difficuldades e embaraços. A firma social, usada pelo socio gerente obriga a sociedade para com qualquer pessoa; mas este principio se baseia na presumpção de que tal socio estava habilitado para tanto pelo contracto social. A legislação ressalva quando a questão fôr extranha aos negocios da firma social.

Para isso, porém, é mister conhecer o contracto social; a publicidade exigida pelo Codigo para a sociedade commercial é o principio que serve de fundamento a semelhante regra. Ora, como consequencia de tal publicidade, parece que os terceiros, conhecendo as estipulações do contracto, não poderiam allegar a boa fé, a supposição de que o gerente estava agindo dentro do contracto, ou de que a transacção não era extranha aos negocios da sociedade.

Na pratica, porém, entende-se que a firma commercial, assignada pelo socio gerente, obriga a sociedade em qualquer negocio: funda-se isto na boa fé, afim de evitar que o socio gerente prejudique a terceiros. Felizmente poucos têm sido os casos em que sociedades commerciaes não hajam querido responder solidariamente pelas

obrigações assumidas pelo socio gerente. Sendo o Direito Commercial essencialmente consuetudinario, a pratica apontada tem sido geralmente seguida.

36. — Em que a sociedade em nome colectivo, typo normal e commum das sociedades mercantis, se differencia dos outros dous typos de sociedades de pessoas — as em commandita simples e as de capital e industria?

A commandita é, já vimos, uma sociedade relativamente moderna, nasceu dos costumes medie-vaes, originando-se do contracto de pacotilha, commenda ou encommenda, pelo qual se entregavam capitaes e quantias aos capitães de navios, afim de serem negociados em commum, com a condição subentendida de não poderem os prestadores soffrer prejuízos maiores do que os capitaes de entrada.

O progresso desmembrou as diversas modalidades, que o Direito Mercantil hoje discrimina. Da primitiva commandita se formaram: a sociedade em commandita simples, a commandita por acções, a sociedade de capital e industria, a conta de participação e as sociedades anonymas.

A responsabilidade limitada de um ou mais socios, na commandita propriamente dita, é feição commum tambem á commandita por acções; mas ha sempre um ou mais socios illimitadamente responsaveis.

O art. 311 do Codice Commercial define a sociedade em commandita simples. E' preciso que haja, pelo menos, um socio illimitadamente responsavel e outros que limitem a sua responsabilidade á somma com que entraram para o acervo social.

Esta sociedade é um regimen de excepção ao principio da solidariedade entre os socios, pelo que deve ser pactuada expressamente

num contracto solemne, archivado na Junta Commercial e publicado, para ter valor em face dos terceiros.

Mas não basta; é preciso ainda que ella seja effectivamente uma prestação de capitaes, sem a intervenção pessoal do commanditario, que não pode nem sequer acceitar procuração da sociedade, para a pratica de qualquer acto commercial que gere obrigações (art. 314).

Pelo facto de um individuo ser socio commanditario não se segue que elle seja negociante. E' por isso que a Lei das Fallencias exime da fallen-cia os socios commanditarios, ao contrario do que se dá com o socio solidario.

Uma questão interessante é a que se refere ao limite da responsabilidade dos commanditarios quando ha mais de um, numa firma social.

O art. 313 do Codigo Commercial diz que elles são meros prestadores de capitaes e não são obrigados além dos fundos com que se comprometteram a entrar.

O principio é que elles respondem tão sómente pelas quantias com que se obrigaram a entrar para a sociedade; mas, havendo mais de um commanditario, pode acontecer que o passivo social seja inferior á somma dos capitaes commanditarios, de modo a não se fazer preciso que cada um integre a sua entrada.

Si algum dos commanditarios não tiver feito a sua entrada, os outros são obrigados a entrar com a propria quota? Ou o passivo social deve ser rateado entre todos? Ou, por outra, os commanditarios são solidarios entre si?

Os escriptores divergem e a jurisprudencia tambem tem variado. Alguns entendem que os commanditarios são obrigados a realizar a sua entrada, qualquer que seja o estado da sociedade, para irem depois

haver dos outros socios, aquillo com que tiverem entrado a mais, como lhes parece do texto da Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, no art. 82: “Os socios de responsabilidade limitada deverão preencher as quotas com que se obrigarem a contribuir, quaesquer que sejam as disposições do contracto social”; texto que está repetido em outros termos, no art. 53 da Lei n. 2024 de 1908.

Temos, porém, sustentado o principio da proporção da divida, pois do contrario, dar-se-ia solidariedade entre os socios em vez de commandita.

Com effeito: obrigar o commanditario a pagar todo o seu capital, na hypothese acenada, seria impôr-lhe uma obrigação de solidario. E da solidariedade é muito differente a commandita.

A obrigação contrahida pelo commanditario é de realizar o capital, na vigencia do contracto: a responsabilidade que elle assume em face dos terceiros é, e não pode deixar de ser, proporcional ao passivo da sociedade.

A Côrte de Appellação deste Districto, por mais de uma vez, resolveu duvida semelhante com relação ás sociedades anonymas, que têm certos pontos de contacto com as sociedades em commandita. Ella tem julgado que a obrigação dos accionistas vai até á quantia necessaria para a solução dos compromissos sociaes.

O mesmo principio é perfeitamente applicavel ás sociedades em commandita, e portanto, os commanditarios só estão obrigados, *pro rata*, até ao alcance do passivo, em nossa opinião.

Outra questão é referente ao modo de interpretar o contracto social, quando elle estipula que o capital será realizado, parte em dinheiro, parte em lucros. Terão os credores o direito de exigir que os socios integrem o capital, quando não tenha havido lucros?

Em desaccordo com muitos jurisconsultos, opinamos que os socios não são obrigados a integralizar o capital e já a Relação de S. Paulo nos deu ganho de causa, sancionando o nosso parecer.

Allegámos que os terceiros não podiam ignorar as condições estabelecidas no contracto, desde que elle estava archivado e publicado. Ora, no contracto havia uma condição suspensiva, que fazia depender da existencia de lucros, a entrada dessa quota. Desde que não houve lucros, é claro que os socios não estão obrigados a entrar com o que não existiu; não havendo lucros, cessou a obrigação, porque não se realizou a condição.

Poder-se-ia allegar, apenas, a boa fé dos terceiros, mas esta desaparece diante das clausulas expressas do contracto, devidamente archivado e publicado.

Em face do art. 82 da Lei n. 859, já citado, os socios não são obrigados a fazer cousa a que não se comprometteram: não houve lucros, logo não estão obrigados a integrar a quota respectiva.¹

A commandita é simples ou por acções; as condições daquella estão contidas nos arts. 311 a 314 doCodigo: esta é de introdução recente entre nós, data da Lei n. 3150 de 4 de Novembro de 1882.

A commandita simples é uma sociedade de pessoas, embora nella entrem capitaes, ás vezes, importantes; ao passo que a commandita por acções prende-se ás sociedades de capital.

A differença entre ambas é que, na primeira, os socios commanditarios entram com o quinhão commanditario e, na segunda, o capital commanditario é tomado em globo e dividido por acções, sendo os proprietarios das acções chamados accionistas.

¹ Semelhante opinião do Dr. Inglea de Souza não foi aanccionada pela nova Lei de Fallencia, (n. 2024 de 1908), cujo art. 68 torna obrigatoria a integralização das acções ou quotas sociaes, em qualquer hypothese.

A distincção entre uma e outra consiste na cessibilidade ou não desses capitães commanditarios; sendo a commandita simples uma sociedade *intuitu personae* o capital commanditario não pode ser cedido a outrem sem licença e consentimento dos demais socios; nas commanditas por acções, diversamente, os socios têm o direito de ceder as proprias acções, independente do consentimento dos outros socios, pois são sociedades de capitães.

Em geral chama-se — quinhão commanditario — ao capital das commanditas simples e — acções — ao das commanditas por acções.

37. — As sociedades de capital e industria, de que se occupam os arts. 317 a 325 do Codigo, theoricamente consideradas, satisfazem a uma grande necessidade do commercio, porque a actividade de um individuo representa um valor muito importante e, ás vezes, comparavel ao maior capital. Assim, a inexistencia dessas sociedades viria privar a industria moderna de um grande elemento impulsionador.

E' tal a importancia das sociedades de capital e industria, que bastaria citar os nomes de alguns indivíduos, cujas descobertas têm um valor, que capitalista nenhum chegaria a attingir, para desde logo conhecel-a. As invenções de Santos Dumont, Marconi, Stephenson, apreciadas em dinheiro, poderiam considerar-se um grande capital: seria absurdo que elles não pudessem entrar para uma sociedade commercial, apenas com essas invenções.

Antigamente, o trabalho era considerado somenos e desse vestígio da epoca, ainda se resente o nosso Codigo Commercial, equiparando o socio de industria ao de menor entrada; mas, hoje, a capacidade e a actividade individual chegaram a um valor grandissimo.

E' dahi que provém a importancia das sociedades de capital e industria, nas quaes uns socios entram com o trabalho e outros com o capital necessario á sociedade.

O nosso Codigo é singular, tratando da sociedade de capital e industria, que só nos Codigos Argentino e Uruguayo, além do nosso, é considerada como sociedade especial, graças á influencia de Ferreira Borges. Nos outros Codigos ella, embora exista de facto, figura ou como sociedade em nome colectivo, ou como commandita simples.

Mas o valor que se dá hoje ao trabalho humano, não se coaduna com a feição especial que o nosso Codigo empresta á sociedade de capital e industria, collocando o socio de industria em pé de igualdade com o capitalista de menor entrada. O Codigo fez regra, aquillo que é excepção.

Si o fim da sociedade de capital e industria é aproveitar a capacidade de um individuo, é claro que o nome do socio de industria, a sua personalidade, são os motivos característicos da sociedade.

Entre nós poucas vezes ella se realiza, em parte devido á confusão que fazem os arts. 317 e 318 do Codigo, entre a sociedade de capital e industria e a conta de participação.

Diz o art. 318: "A sociedade de capital e industria pode formar-se debaixo de uma firma social, ou existir sem ella. No primeiro caso são-lhe applicaveis todas as disposições estabelecidas na Secção III deste capitulo" (sociedades em nome colectivo). Ora, si a sociedade de capital e industria existe como firma, manda o Codigo applicar-lhe todas as disposições estabelecidas para as sociedades em nome colectivo; si existe sem firma social é uma sociedade desconhecida e, portanto, uma conta de participação.

Logo, em face do nosso Codigo, não existe sociedade de capital e industria, embora o Decreto n. 916 de 24 de Outubro de 1860, art. 3.º § 3.º, diga que "a firma da sociedade de capital e industria não poderá conter o nome por extenso ou abreviado do socio de industria."

E' assim que, devido á confusão e contradicção do nosso Codigo, as sociedades de capital e industria que existem entre nós, se regem pelas disposições relativas ás sociedades em nome colectivo ou em commandita simples, visto não poderem seguir as normas do Codigo no tocante a ellas.

38. — Estas modalidades das sociedades, que vimos estudando, pertencem ao grupo das sociedades de pessoas; veremos depois as de capitães.

Em geral, a divisão tradicional das sociedades mercantis é assim feita: em sociedades de pessoas e sociedades de capitaes. Vivante, porém, e do mesmo modo o Codigo Commercial portuguez, adoptam a divisão das sociedades mercantis em — sociedades em nome colectivo, em commandita e anonymas.

O nosso Codigo não prohibe admittir outras especies de sociedades mercantis; assim, por exemplo, as sociedades mutuas, embora entendendo-se que são de natureza civil, nada obsta que, tendo intuitos mercantis, sejam regidas pelas leis com-merciaes. De igual maneira, as sociedades cooperativas, cuja fórmula não está definida em nosso Codigo e que em tão grande numero existem entre nós.

Adoptámos aquella divisão tradicional, porque ella traz logo á vista os dous caracteristicos essenciaes levados muito em conta, na pratica: ou se visa a pessoa, ou se visa o capital.

O que distingue as sociedades de pessoas é a não cessibilidade do capital social, caracter que assignala a differenciação entre ellas e as sociedades de capitaes. Sendo a personalidade dos socios o fundamento da sociedade, é claro que estes não podem ser, á vontade, substituídos por outros.

Mas, quando o capital é muito grande, de modo que seja preciso pô-lo ao alcance de muita gente, a inaccessibilidade delle dificultaria a constituição da sociedade. Então, tendo-se em vista os capitães e não as pessoas, qualquer individuo pode ser socio e pode alienar a sua parte, independente do consentimento dos outros. E como, ordinariamente, taes sociedades duram por um periodo superior ao da vida humana, ellas não poderiam se formar, ou teriam de dissolver-se, antes de realizado o seu objectivo, si os capitaes não fossem cessiveis.

E' justo, racional, portanto, o criterio da divisão que acceitámos: nas sociedades de pessoas o capital não é cessivel, e ellas deixam de existir *ipso facto* pela morte do socio; nas sociedades de capital, a pessoa fica em segundo plano, a sua morte não acarreta a da sociedade.

39. — As sociedades de pessoas regulam-se quanto ás condições de sua existencia, quanto aos direitos dos socios, etc. pelo teor do contracto social, que precisa ser provado por escriptura publica ou particular, de accordo com o art. 300 do Codigo Commercial.

Entretanto, não basta esta prova por escripto; ella deve revestir certas formalidades, ser registrada e publicada (art. 301).

Ainda mais, a lei não deixa inteiramente ao arbitrio das partes o teor do contracto; exige que este contenha o nome, domicilio e naturalidade dos socios, a firma social, as quotas e os lucros dos socios, etc. (art. 302).

Quanto ao n. 5 do art. 302, não tem mais valor, por ter sido derogado o Juizo arbitral necessario, pela Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866, (art. 3.º) e instituído o Juizo arbitral voluntario, pelo Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867, (art. 9.º).

Os direitos e obrigações dos socios são os estipulados no contracto, nascem com elle e começam a ter execução da data delle (art. 329 do Codigo).

Todos os socios têm, mais, o direito a uma quota dos lucros, o de examinar os livros, estar a par da administração, etc.

A gerencia da sociedade é confiada a socios de responsabilidade illimitada, pois, de accordo com os arts. 314 e 321, os socios commanditarios ou de industria que desempenhassem o cargo de gerentes, tornar-se-iam solidarios. Entre muitos socios solidarios, a gerencia pode ser confiada a um só (art. 316 *in fine*).

As deliberações sociaes tomam-se á maioria de votos; mas, no commercio, essa maioria é contada de modo differente: ella se mede pelo capital, pela importancia dos interesses, e não pelo numero de socios.

Ha deliberações que podem importar na propria existencia da sociedade e, por isso, não é justo que pequenos interesses, fraccionados, prevaleçam sobre grandes interesses, numa só mão.

Assim é que o art. 331 do Codigo manda computar os votos pela forma prescripta no art. 486, isto é, na proporção dos quinhões; o menor quinhão é contado por um voto.

40. — A disposição do art. 332, falando em contracto social que só vale sendo feito por escriptura publica, parece contradizer o que ficou dito acima, quando mostrámos que o contracto de sociedade pode ser provado por escriptura publica ou particular (art. 300).

Não ha tal; os casos de que trata o art. 332, são casos anormaes. Geralmente, o contracto de sociedade é feito por escripto particular, pois, no commercio, qualquer obrigação pode ser contrahida por escriptura particular (art. 22). Esta facilidade de provas é um dos

elementos específicos do Direito Commercial; qualquer escripto particular tem, no commercio, a mesma força que a escriptura publica.

Donde se conclue que a hypothese, de que cogita o art. 332, só pode ser aquella em que os socios entram para a sociedade, trazendo como quota social, certos bens, cuja transmissão só se faz por escriptura publica.

Dada a diversidade de patrimonios, na transferencia do patrimonio individual para o patrimonio social, de bens immoveis por exemplo, a lei civil exige escriptura publica. Por isso, o contracto de sociedade, em que algum socio entrasse com um predio, só se poderia fazer por escriptura publica.

Tem-se introduzido no commercio a pratica contraria, de se fazerem por escripto particular os contractos de sociedade em que um socio realiza a sua entrada em bens de raiz; mas, a nosso vêr, isto constitue uma violação da lei. O Codigo, determinando que o contracto fosse feito por uma ou outra fórma, quiz respeitar as exigencias da lei civil.

A sociedade pode constituir-se com qualquer especie de bens, effeitos e, até, com trabalho: o socio pode entrar para a sociedade com uma hypo-theca, pois o credito é um valor mercantil. Mas, como a transferencia da hypotheca só se possa fazer por escriptura publica, o contracto social, nesse caso, deve ser forçosamente feito por escriptura publica.

Um dos caracteres mais importantes das sociedades, e que procurámos accentuar bem, é que os socios não são condminos do patrimonio social. No criterio da não cessibilidade da parte social, de que trata o art. 334, e da sua cessibilidade em outras sociedades, consiste a differença entre as sociedades de pessoa e as sociedades de capital.

O socio pode associar particularmente a si, qualquer pessoa; esta, porém, nem por isto fará parte da sociedade.

41. — A dissolução da sociedade não importa a cessação dos compromissos tomados para com terceiros. A sociedade tem uma vida independente da sua solução; estará dissolvida entre os socios, mas subsiste em face dos terceiros, enquanto não forem satisfeitos aquelles compromissos.

As sociedades se dissolvem de accordo com o art. 335 do Codigo:

1.º A terminação do prazo de duração da sociedade é, por assim dizer, a morte natural da mesma sociedade. Continual-a depois desse prazo é sempre um abuso.

2.º A fallencia da sociedade ou de qualquer do socios é a confissão de que a sociedade é incapaz de viver. No caso de fallencia de algum dos socios, dá-se a dissolução da sociedade, porque os credores deste socio têm o direito de executar a quota liquida que tiver na sociedade, depois de pagos os credores desta (art. 51 da Lei n. 2024 de 17 de Dezembro de 1908.)

As sociedades podem se compôr de socios commerciantes e socios não commerciantes. Pelo facto de um individuo ser socio, não se segue que seja tambem commerciante. Mas, elle pode ser commer-ciante por ter uma outra firma em nome individual ou colectivo; em tal caso, a fallencia deste socio não acarreta a daquella sociedade; ella, porém, fica dissolvida, em vista do direito que os credores têm sobre os bens do mesmo socio.

3.º O accordo de todos os socios para a dissolução da sociedade devia vir em primeiro lugar nesta enumeração. Do mesmo

modo que o accordo deu nascimento á sociedade, o accordo para dissolver-a, fal-a morrer. A sociedade é um organismo contractual.

4.º A morte de um ou mais socios é, finalmente, o caso caracteristico de dissolução das sociedades de pessoas. A convenção em contrario a respeito dos socios que sobreviverem constitue, na verdade, outra sociedade.

5.º Se a sociedade fôr celebrada por tempo indeterminado, a vontade de um dos socios é bastante para dissolver a sociedade. Vemos ahi, mais uma vez, consagrada a vontade como elemento fundamental do Direito.

IX

Sociedades de capital: a) sociedades anonymas; b) commanditas por acções. — Sociedades mixtas.

42. — O principio da commandita constituiu, já nós o vimos, uma excepção ao Direito Mercantil com relação ás sociedades; porque, sendo presumpção desse Direito, a solidariedade illimitada das obrigações collectivas, a admissão de socios com responsabilidade limitada importava uma derrogação daquelle principio.

Mas, desde que o commercio se desenvolveu prodigiosamente, a partir do seculo XVI, pela descoberta do Novo Mundo, a commandita, como fôra concebida no Mediterraneo, nascendo do contracto de pacotilha, não podia já satisfazer a necessidade das grandes empresas, oriundas do progresso das transacções.

Fazendo-se precisos capitaes extraordinarios, para cuja applicação era mister um prazo muito superior ao exigido nas outras sociedades, é evidente que as necessidades da nova epoca não se podiam contentar com as sociedades de pessoas, das quaes, a personalidade dos socios era elemento constitutivo. Estas eram inaptas para o fim que se

tinha em vista. Supponhamos uma companhia de navegação: ella necessitava de um capital consideravel, cujo reembolso não se podia fazer em curto prazo, pela sua propria natureza. A esta primeira dificuldade accrescia outra: a incompatibilidade da existencia da sociedade com a necessidade de dissolver-a, cada vez que um socio morresse ou viesse a fallir. Por outro lado, a vontade humana não poderia se prender por um prazo maior do que a vida do individuo. Ainda mais, a fiscalização, numa sociedade de grandes capitaes, tornava-se quasi impossivel tratando-se de sociedades de pessoas.

Dahi o desenvolvimento e a formação do que se chamou - companhia de commercio — ou sociedade anonyma, que fazia desaparecer todos os inconvenientes apontados, tornando todos os socios de responsabilidade limitada e, ao mesmo tempo, fraccionando as quotas do capital.

Nessas sociedades, faz-se indispensavel o appello para o publico e, para isso, é necessario que se limite a entrada das quotas. A pessoa dos socios é indifferente á sociedade e a responsabilidade delles é limitada á sua quota de entrada: taes foram os dous princípios que presidiram á formação da sociedade por acções, á qual se juntou um novo rebento — a commandita por acções.

A sociedade anonyma e a commandita por acções são as sociedades de capitaes, assim chamadas, exactamente, porque nellas se visa o accumulo de capitaes consideraveis, sem attenção á pessoa dos socios.

E, como ellas visam apenas o capital, são regidas por princípios diversos dos que regulam as sociedades de pessoas. Todavia, nas commanditas por acções subsiste o elemento pessoal quanto ao socio gerente, responsavel illimitadamente pelo passivo social. A sua morte, porém, não importa necessariamente a dissolução da sociedade, porque

os estatutos podem prever sobre a continuação della, como podem autorizar a destituição do gerente.

Nas sociedades de pessoas não se pode admittir a cessibilidade dos capitaes; ao passo que, nas outras, é esse um dos seus caracteristicos. Assim tambem, as sociedades de capital constam de quotas sociaes transmissíveis, transferíveis e duram mais do que pode durar a vida dos associados.

Dahi a idéa que alguns autores têm preconizado, de que só as sociedades de capitaes realizam uma personalidade diversa da dos socios.

43. — Os arts. 295 a 299 do Codigo Commercial tratam, muito succintamente, das companhias de commercio ou sociedades anonymas. Em 1860, o nosso compatriota Angelo Moniz da Silva Ferraz, então Ministro da Fazenda, afim de desenvolver as sociedades commerciaes e tendo em vista accentuar as suas idéas conservadoras, obteve do Parlamento a Lei n. 1083 de 22 de Agosto.

Nessa lei ficou estabelecida a intervenção do Governo na constituição das sociedades anonymas, intervenção fundada na necessidade de proteger os pequenos capitaes contra os possíveis abusos.

Este principio de tutela por parte do Governo havia prevalecido em toda a Europa continental e foi consagrado entre nós pela Lei citada.

Mas Nabuco de Araujo, em 1865, bebendo na legislação ingleza o principio da liberdade das associações, provocou a discussão de um projecto de lei, que, embora não as libertasse da tutela do Governo, todavia declarava desde logo livres as sociedades de responsabilidade limitada.

Estas têm razão de ser, na Inglaterra, porque lá a sua fórmula é toda diversa da que têm entre nós. Era portanto, muito mais simples, como ponderou acertadamente o notavel advogado Dr. Manuel Ignacio

Gonzaga, decretar desde logo a liberdade das sociedades anonymas, do que estar a admittir uma nova especie de sociedade, que apenas se distinguia daquellas, pelo facto de não precisar de autorização prévia do Governo.

Só em 1872 é que surgiu no Parlamento uma idéa mais ou menos pratica de alheiar das sociedades anonymas a intervenção do Governo. Foi obra do Sr. Conselheiro Domingos de Andrade Figueira, que propoz fosse dada aos presidentes das províncias a competencia de autorizar o funcionamento das sociedades anonymas, descentralizando assim a organização das sociedades.

Este projecto, em 1877, soffreu, por parte da Commissão em que se salientava o Sr. Ferreira Vianna, a apresentação de um substitutivo, que se tornou a Lei n. 3150 de 4 de Novembro de 1882, regulamentada pelo Decreto n. 8821 de 30 de Dezembro do mesmo anno.

O principio dominante nesta Lei é o da plena liberdade das sociedades anonymas. Mas não se limitou ella a esta grande reforma; deu tambem um passo definitivo para a unificação do Direito Privado, sujeitando ás mesmas normas sociedades civis e commerciaes.

Outra innovação ainda, introduzida pela mesma Lei, foi a de poderem as sociedades anonymas crear uma especie de capital subsidiario, pela emissão de *debentures*, até então quasi desconhecidas entre nós.

São estes os tres princípios reformadores da Lei n. 3150.

Com o advento da Republica, desenvolveu-se e passou para os Estados o amor da especulação da Bolsa, e a jogatina localizou-se principalmente nos títulos das sociedades anonymas.

Como parecesse que a Lei n. 3150 já punha embaraços a semelhante especulação, o Governo Provisorio reformou essa Lei e, com o

Decreto n. 164 de 17 de Janeiro de 1890, conseguiu sómente fomentar a jogatina.

Este é quasi a reproducção da Lei n. 3150; introduz apenas algumas medidas favoraveis á especulação. Sinão vejamos.

O art. 7.º § 2.º da Lei n. 3150 determinava a responsabilidade dos accionistas que transferiam as suas acções, pela integralização do capital, durante cinco annos; ao passo que o art. 7.º do Decreto n. 164, § 2.º n. II, deu á assembléa geral dos accionistas a faculdade de lançar um véo sobre os actos da Directoria, fazendo cessar aquella responsabilidade, desde que fossem approvadas as contas annuaes.

Comparem-se os arts. 11, 15 §§ 8.º, e 9.º da Lei |n. 3150 com os do Decreto n. 164 e ver-se-á sempre o incitamento á jogatina, pela somma de poderes conferidos á assembléa geral, com detrimento á liberdade dos accionistas.

A imparcialidade, entretanto, leva-nos a declarar que, no Decreto n. 164, ha realmente uma modificação de importancia capital: a que se refere á emissão de *debentures*, que ficou muito bem caracterizada no art. 32.

O Decreto n. 434 de 4 de Julho de 1891 consolidou todas as disposições sobre as sociedades anonymas. Houve, posteriormente, algumas pequenas modificações que serão indicadas opportunamente.

Não se deve, pois, recorrer mais ao Codigo Commercial èm materia de sociedades anonymas, e sim ao mencionado Decreto.

44. — As sociedades anonymas ou companhias de commercio distinguem-se das demais especies de sociedades, por tres caracteristicos essenciaes.

O primeiro característico é a divisão do capital social em *acções*, e não em *quinhões*, mais ou menos desiguaes.

A acção representa uma quota do capital, ces-sível, transmissível pela transferencia ou endosso na acção nominativa e á ordem; e pela simples tradição na acção ao portador.

Em geral, o capital das sociedades anonymas é de duas especies: capital dividido em acções e capital subsidiario, capital de obrigações. O capital de obrigações é formado pela emissão de *debentures*, títulos ao portador, constituindo como que um capital de reserva, muito em uso no commercio moderno, ao qual traz grandes vantagens.

O fim principal do capital subsidiario é favorecer os accionistas. Com effeito, o capital — acções — é mais exigente do que o capital — obrigações —; aquelle visa um dividendo superior ao que obtém os emprestimos de dinheiro, ao passo que os que põem dinheiro a juros, contentam-se com um interesse menor, porém mais seguro.

Emquanto o subscriptor de acções corre risco maior, com lucro tambem maior, o prestamista corre menos risco e por isso satisfaz-se com lucro menor.

Assim sendo, é natural que a companhia não emitta um capital tão grande, quanto o exigido pelos fins da sociedade, mas recorra antes ao capital de obrigações, que não é tão oneroso. Quanto maior fôr o capital — acções —, tanto menor o lucro dos accionistas; quanto maior o capital — obrigações — tanto maior o lucro dos accionistas.

Parecerá, porém mal empregado o termo — capital obrigações—; a obrigação é um passivo, uma divida contrahida pela sociedade; como pode ser capital? Convém, então, lembrar o que ficou dito em relação ao character da quota social, isto é, que o socio não é co-

proprietario do capital social, e sim uma especie de credor, sendo que o capital tem o caracter de um credito contra o activo da sociedade. Desde que o socio não é co-proprietario do capital, antes da dissolução da sociedade, elle só tem um credito contra o capital; depois da dissolução delia, é que lhe advém o direito a uma parte do patrimonio.

Assim tambem, o accionista tem apenas um direito de credito contra o capital e como, sob este ponto de vista, a obrigação é perfeitamente assimilavel á acção, é bem empregado o termo — capital obrigações —.

O segundo caracteristico essencial das sociedades anonymas é a responsabilidade limitada dos socios.

Os accionistas têm a sua responsabilidade limitada á importancia que subscreveram ou que lhes foi transmittida subscripta, porque quem transmute o direito, transmite tambem a obrigação. Esta obrigação consiste na necessidade de integrar a quota que foi subscripta. Si portanto, a transferencia da acção foi feita antes de integrada esta, passa ao cessionario a obrigação de integral-a. Mas isto até o valor nominal da acção, unicamente. Integrada a acção, desaparece o accionista, para subsistir unicamente a acção.

O terceiro caracteristico da sociedade anonyma é a exigencia, por parte da lei, do numero de sete accionistas. E' uma exigencia inteiramente arbitraria, mas sem a observancia da qual não ha sociedade anonyma.

São esses os tres característicos essenciaes da sociedade anonyma, necessarios para a sua existencia.

45. — Assim nascendo, a sociedade anonyma precisa ainda revestir outras condições extrínsecas, especificadas na lei.

Primeiramente, a sociedade é uma pessoa que nasce pelo contracto. Logo, deve existir um contracto social, que geralmente toma o nome de — estatutos —, feito por escriptura publica ou particular e sujeito ás prescripções do art. 72 do Decreto n. 434 de 1891, devendo, principalmente, ser assignado por todos os socios. Á falta da assignatura de um só invalida-o.

O capital de acções deve ser todo subscripto e de uma só vez, ao contrario do que se passa na Inglaterra e em outros paizes. Assim determina o art. 65 do mesmo Decreto.

E' preciso, mais, que a subscrição comece a ter uma realidade pratica, isto é, que os subscriptores entrem com o capital effectivamente. O mesmo art. 65 exige que a decima parte do capital subscripto seja depositada em banco que inspire confiança.

Os accionistas são, depois, convocados para a assembléa geral de installação, na qual não é necessaria a presença de todos os socios, bastando a maioria, isto é, 2/3 (art. 75 § 1.º) São lidos os estatutos e o conhecimento do deposito da decima parte do capital subscripto e, depois de approvados aquelles, lavra-se a acta de installação e constituição da sociedade. A leitura dos estatutos visa authenticar a constituição da sociedade e elles não podem então ser alterados. (Art. 75 § 2.º).

E' mister ainda a publicação dos estatutos no *Diario Official* ou no jornal que o substitua (art. 80) e bem assim o deposito e archivamento dos mesmos estatutos, do conhecimento do deposito da decima parte do capital subscripto, da acta de installação da sociedade e da lista nominativa dos subscriptores, na Junta Commercial ou no registro de hypothecas, onde aquella não existir. (Art. 79).

Antes da legislação de 1882, a tutela do Governo suppria as deficiencias na constituição das sociedades; mas essa tutela sendo

abolida, foi substituída, com grande vantagem, pelo preenchimento das formalidades legais, pelas quaes é o proprio interessado que vai fiscalizar a sociedade desde o seu inicio.

Cumpre não confundir a sociedade anonyma com uma sociedade que não tenha firma social, ou não se designe pelo nome dos socios: só é sociedade anonyma aquella que reunir os caracteristicos acima apontados, embora o objecto da sociedade anonyma possa ser tambem civil.

46. — As acções em que se divide o capital das sociedades anonymas, podem ser: a) nominativas, b) endossaveis, ou transmissíveis por endosso, c) ao portador, ou transmissíveis por simples tradição.

Nominativas são as que trazem o nome do seu dono e dependem de uma certa solemnidade para serem transferidas, como o lavrar-se um termo no *livro das transferencias*, assignado pelo cedente e pelo cessionario. Por esse livro é que se estabelece a propriedade das acções; toda e qualquer negociação de acções nominativas precisa ser levada ao mesmo livro e só da data do lançamento do termo é que se opera a transferencia da propriedade. (Art. 23 do Decreto n. 434 de 1891).

Nas acções transmissíveis por endosso, a transferencia se faz pelo endosso passado no verso da acção, como nas letras de cambio. endosso pode ser completo ou regular e incompleto ou irregular. Endosso completo é aquelle em que vem declarada expressamente a transferencia; incompleto, ou tambem em branco, aquelle que traz apenas a data e a firma do cedente.

Acções ao portador são aquellas que se transferem por simples tradição; presume-se dono aquelle que as tem.

A simples posse das acções não assegura, entretanto, o exercício completo das funções de socio, salvo si isto fôr estabelecido nos estatutos.

E' principio geral, o direito de intervenção dos socios nas deliberações sociaes, mas, em relação ás sociedades anonymas, abre-se uma excepção: os estatutos é que determinam as condições em que os accionistas podem exercer o seu direito.

E' costume não dar a cada acção o direito de voto, mas simplesmente a um grupo de acções; é por isso que os estatutos determinam quantas acções dão direito a um voto, uzando-se communmente a expressão — tantas. ...acções para um voto —. Isto para evitar que um grande numero de accionistas, com pequeno interesse cada um, delibere sobre os assumptos sociaes, com mais peso do que poucos accionistas com grandes interesses ; ao mesmo tempo que se obedece ao principio da maioria, não pelo numero de pessoas deliberantes, mas pelo interesse representado. Quanto maior o interesse, tanto maior a influencia na votação. E, evidentemente, a maioria deve pertencera quem tiver maior numero de acções.

Em geral, as acções são nominativas: e como subsiste a obrigação pessoal do accionista, emquanto não se acharem integradas, afim de ninguem se eximir da obrigação assumida, a lei manda que ellas sejam nominativas até o seu integral pagamento. Depois disto, podem ser transformadas em acções endossaveis ou ao portador. (Art. 21 do Decreto citado).

As acções podem ser dadas em penhor: o das nominativas opéra-se por uma averbação no livro das transferencias, em virtude da qual ficam em caução; mas não decorre dahi o direito de voto para o caucionante, porque os direitos da acção são inherentes á propriedade delia. O penhor das acções endossaveis e ao portador opéra-se pela simples tradição, com as garantias usuaes.

47. — Os accionistas constantes do livro de transferencias e os possuidores das acções ao portador ou endossaveis, constituem a assembléa geral da sociedade, que delibera com plenitude de poderes, excepto quanto ao fim principal que a sociedade tem em vista, o qual não pode ser alterado (art. 128).

Os estatutos podem ser modificados, não assim o objecto da sociedade, salvo si houver accordo unanime dos socios; do contrario, a sociedade deixaria virtualmente de existir.

A assembléa geral ordinaria tem lugar para a prestação de contas annuaes e requer a presença de um quarto, pelo menos, do capital social (art. 129). A assembléa geral extraordinaria, cujo fim fôr a reforma dos estatutos, a approvação do valor dos bens que entram para a sociedade, ou a dissolução desta, antes do prazo fixado nos estatutos, deve estar formada por duas terças partes do capital social (art. 131).

No primeiro caso, não se reunindo um quarto do capital social, faz-se segunda convocação, deliberando a assembléa com qualquer numero, (art. 130); nos outros casos, pelo não comparecimento de dous terços de capital social, fazem-se segunda e terceira convocações, sendo esta ultima tambem por meio de carta, dirigida aos possuidores de acções nominativas e, então, a assembléa delibera com qualquer numero (art. 131 §§ 1º. e 2º.).

48. — A administração da sociedade é feita pelos directores, que não podem ser menos de dous; si não fôrem nomeados pelos estatutos, são eleitos pela assembléa geral, e, em qualquer hypothese, demissiveis por ella, ainda que os estatutos digam o contrario. A eleição não pode ser por prazo maior de seis annos (art. 97 e §§).

Os poderes dos administradores devem constar dos estatutos sociaes, mas, no silencio destes, a lei os menciona nos arts. 101 e 102.

Os administradores prestam contas da sua gestão á assembléa geral, dando, tambem, uma caução em garantia.

Como órgão de fiscalização, para que a assembléa conheça bem a gestão administrativa, ha um conselho fiscal, ao qual compete examinar as contas, os livros e apresentar um parecer, afim de habilitar os accionistas a deliberarem (arts. 119 e 120).

Os fiscaes são, como os directores, mandatarios da assembléa, e portanto, revogaveis a todo tempo.

49. — A sociedade tem um prazo de duração, terminado o qual, ella se dissolve e entra em liquidação. Outras causas tambem podem determinar a dissolução da sociedade, como se verifica no art. 148 do Decreto n. 434.

A liquidação amigavel faz-se por accordo da assembléa geral, na fórma que for combinada.

Anteriormente á Lei n. 2024 de 1908, a sociedade anonyma não estava sujeita á fallencia, operando-se a sua liquidação forçada nos termos dos arts. 166 e seguintes do Decreto n. 434 de 1891, que devem considerar-se revogados, ex-vi do art. 3.º daquela Lei n. 2024, que ampliou o instituto da fallencia a tal sociedade.

Esta é, em summa, a vida das sociedades anonymas; para conhecer-lhes as particularidades, basta ler o Decreto n. 434 que aqui ficou resumido.

50. — Em virtude da Lei n. 3150, as sociedades anonymas passaram ao regimen da liberdade, cessando a tutela do Governo. Todavia essa Lei, como o Decreto n. 164, fizeram algumas excepções áquella regra, determinando que certas sociedades não possam funcionar sem autorização do Governo. Menciona-as, por sua vez, o Decreto n. 434 no art. 46. São:

1.º Os bancos de circulação. O regimen escossez é o da liberdade bancaria; entre nós, sempre foi e é um privilegio a emissão de notas, e por isso taes bancos precisam ser autorizados pelo Governo.

2.º Os bancos de credito real. São sociedades que operam sobre credito agricola e immobiliario, por hypotheca, emittindo letras hypothecarias. Estas letras, embora não sejam propriamente notas, affectam a circulação e, por isso, entendeu-se que os bancos que gozam do privilegio de emissão de letras hypothecarias, precisam tambem de autorização do Governo.

Neste ponto, pensamos que a autorização não precisa vir da autoridade federal, bastando que a conceda o respectivo Governo estadual.

3.º Os montepios, os montes de soccorro ou de piedade, as caixas economicas e as sociedades de seguros mutuos. Com excepção das caixas economicas, taes instituições são de character civil. Quanto ás caixas economicas, é natural que careçam de autorização para funcctionar, pela circumstancia de tratarem com gente de pequenos capitaes e parcos recursos. A lei visa amparar a possível incapacidade de fiscalização por parte dessa gente.

4.º As sociedades anonymas que tiverem por objecto o commercio ou fornecimento de generos ou substancias alimentares. O fim desta excepção á regra da liberdade das sociedades foi evitar o açambarcamento dos mercados, o accordo de uma praça, para a alta dos generos de primeira necessidade.

Dependem tambem de autorização as sociedades anonymas estrangeiras (Art. 47.)

A estas excepções devemos acrescentar a constante do art. 1.º do Decreto n. 5072 de 12 de Dezembro de 1903, fazendo depender de autorização do Governo as companhias de seguros.

51. — A personalidade das sociedades commerciaes, em parte nenhuma se accentua melhor do que nas sociedades anonymas. Embora o phenomeno se dê nas outras especies de sociedades, todavia é nas sociedades anonymas que elle se torna mais patente e visivel; nestas, a pessoa dos associados é inteiramente indifferente á vida social e a personalidade da sociedade pronunciadamente distincta da personalidade dos socios.

As transacções feitas por uma sociedade anonyma não podem envolver a responsabilidade dos accionistas, que, uma vez integralizadas as suas acções, não têm a menor responsabilidade em face da sociedade ou de terceiros.

Mas, para que a sociedade anonyma seja uma pessoa jurídica e sujeito de obrigações, distincta completamente da pessoa dos seus associados, é necessario, á semelhança do que acontece com as outras especies de sociedades, que ella esteja constituída com todas as formalidades legais, intrinsecas e extrinsecas.

Nessas outras especies de sociedades, a falta das solemnidades torna todos os socios solidariamente responsaveis para com os terceiros, pelas obrigações contrahidas em nome da sociedade, porque a não solidariedade é uma excepção que precisa ser expressamente declarada; diversamente, porém, se passa com as sociedades anonymas, porque, em hypothese alguma, os associados respondem em face de terceiros, pelas obrigações sociaes, ainda mesmo que a sociedade não tenha chegado a assumir personalidade juridica por falta de preenchimento das formalidades intrinsecas e extrinsecas.

Isto accentua melhor a sua personalidade juridica, pois nunca se confunde a sociedade com a pessoa dos associados.

Si uma sociedade commercial não satisfez, para se constituir, as formalidades da lei, isto é, si não ha um contracto escripto, archivado na Junta Commercial e publicado, as pessoas que a compõem não chegaram a constituir-se em personalidade diversa da sociedade e, por conseguinte, incorrerão na regra geral da solidariedade; mas, nas sociedades anonyms, si as formalidades não são preenchidas, a sancção é differente, só attinge a pessoa dos fundadores e administradores.

Já enumerámos as formalidades intrinsecas e extrinsecas necessarias á constituição da sociedade anonyma.

São formalidades intrinsecas: a divisão do capital em acções, a responsabilidade limitada dos socios, e o numero de sete socios. São formalidades extrinsecas: a assignatura dos estatutos por todos os socios, a subscrição de todo o capital, o deposito da decima parte do capital social, a installação da sociedade, o archivamento dos estatutos, da acta de installação, da lista dos subscriptores e do conhecimento do deposito da decima parte do capital, e a publicação dos estatutos num jornal official.

Si as primeiras não forem preenchidas, a sociedade é nulla de pleno direito e, não existindo sociedade, os associados escapam a qualquer responsabilidade, que recae toda sobre os fundadores ou incorporadores (art. 86 do Decreto 434). Si, porém, nos proprios estatutos se nomear a primeira administração, incumbindo a esta a pratica das formalidades extrinsecas, sobre ella recae a responsabilidade das operações, respondendo os administradores solidariamente para com os accionistas e terceiros pelos prejuizos causados (arts. 87 e 89).

Neste caso a assembléa geral, depois de validamente constituída a sociedade, pode resolver que fiquem sob a responsabilidade

da sociedade todas as operações praticadas, quer pelos fundadores, quer pelos administradores, (art. 88). Mas, entenda-se bem, responsabilidade das operações praticadas, o que não quer dizer que possa absolver-os a respeito da legalidade da constituição da sociedade: ninguém pode alterar a lei, que deve ser observada e, portanto, a todo tempo qualquer interessado pode pedir em Juízo a nullidade de uma companhia irritamente constituída.

Isto, quanto ás relações da sociedade para com terceiros, por ocasião da sua constituição.

Durante a existencia da sociedade, as suas relações com terceiros regulam-se pelos princípios geraes. Os administradores, agindo em nome da sociedade, responsabilizam-n'a, desde que para tanto estejam autorizados.

A terceira phase das relações da sociedade com terceiros refere-se ao estado de liquidação amigavel ou de fallencia.

Liquidando-se a sociedade, tem de solver todos os compromissos assumidos, de accordo com as disposições do Codigo Commercial e com os Decretos n.ºs 370 de 2 de Maio de 1890, 434 de 1891 e 177 A de 15 de Setembro de 1893, como veremos opportunamente.

52. — A Lei n. 3150 de 1882 delinéara o instituto da emissão de *debentures*, que foi confirmado pelo Decreto n. 164 de 1890; mas, surgindo duvidas sobre a applicação das disposições deste Decreto, foi votada pelo Congresso a Lei n. 177 A de 1893, tendente, principalmente, a evitar confusão entre a *debenture* e o papel moeda, e a reger melhor a emissão de tal especie de titulos.

Para regular a execução do art. 5.º desta lei, foi expedido o Decreto n. 2159 de 22 de Maio de 1897.

Pelo disposto nos arts. 41 e 43 do Decreto n. 434 de 1891, parece que a *debenture* prefere a todos os credores da sociedade, ainda que outros títulos haja, pertencentes áquella classe de credores chamados reivindicantes.

A nossa opinião diverge da adoptada no fôro. A theoria seguida pelos Tribunaes é que a *debenture* deve, em caso de liquidação, ser paga antes de qualquer outro credor, isto é, que todo o acervo social fica sujeito ao pagamento da *debenture*. Pensamos diversamente e vamos justificar o nosso modo de ver.

Antes de tudo, convém destruir o erro muito corrente que suppõe que toda *debenture* é uma obrigação de natureza hypothecaria, quando, na verdade, e do texto do Decreto n. 164 de 1890 se vê, a *debenture* é um titulo meramente chirographario, preferindo, embora, a qualquer outra divida chirographaria. Mas, entre obrigação preferencial e obrigação hypothecaria corre a mesma differença que entre direito pessoal e direito real. Sendo assim e dizendo a Lei que as *debentures* têm por fiança todo o activo da sociedade, é claro que a Lei não lhes quiz dar sinão o valor de fiança, mesmo porque seria absurdo admittir uma hypotheca que não se fixasse sobre determinados bens.

O direito de sequela, inherente á hypotheca, exige que toda hypotheca seja discriminada, o que não se dá pela simples emissão de *debentures*, na qual não se sujeitem desde logo certos e determinados bens á hypotheca, nem se faça o registro hypothecario.

O Decreto n. 177 A, é verdade, faculta a emissão de *debentures* com garantia de bens; mas, por isso mesmo se vê que nem toda emissão de *debentures* é garantida por hypotheca.

Logo, a *debenture* não é um titulo hypothecario, mas simplesmente chirographario.

Como entender-se essa fiança? Qual o seu alcance?

E' muito commum no commercio irem ter ás mãos de um commerciante valores, sem que tenha sido transferida a sua propriedade. Chamam-se, então, credores de domínio ou reivindicantes, os que têm a propriedade desses objectos, entregues ao fallido ou á sociedade dissolvida, sem haverem sido alienados.

Isto posto, logo se vê quanto seria exaggerado pretender que uma companhia pudesse emittir obrigações, dando em fiança cousas pertencentes a outrem.

Não se devem perder de vista os principios gerais. Ora, em materia de credito, é principio incontestavel que os bens do devedor são fiança tacita do credor; mas, pretender que os bens que não são do devedor, sejam fiança tacita do respectivo credor, é exaggerado e mesmo absurdo.

Activo de um commerciante é aquillo que elle possui ou tem a receber. O que elle deve, não pode ser considerado activo; o que alguém tenha a receber d'elle é, evidentemente, passivo.

Portanto, na expressão — activo — do art. 43, não estão comprehendidas as cousas que se acham em poder da sociedade, sem lhe pertencerem.

Do mesmo modo, bens da sociedade são os bens *de propriedade* da sociedade e não os bens de terceiros, de que a sociedade esteja de posse.

Assim, a primeira parte do art. 43 deve forçosamente ser entendida como acabamos de ver: isto é, as *debentures* não são títulos hypothecarios, mas chirographarios e, portanto, sobre ellas têm preferencia os títulos hypothecarios anteriormente inscriptos e os de credores reivindicantes. A *debenture* não especialmente garantida por

hypotheca, penhor ou antichrese, prefere unicamente a qualquer outro titulo chirographario.

E como não se pode interpretar a lei, fazendo com que suas disposições se contradigam entre si, a segunda parte do art. 43 deve concordar com a primeira, no sentido de que, no caso de liquidação da sociedade, os portadores de *debentures* têm preferencia apenas sobre os demais credores chirographarios.

53. — O principio da solidariedade illimitada foi, de um modo feliz, harmonizado com o da responsabilidade limitada, pela criação de uma especie de sociedade, de natureza mixta, por um lado *intuitu personae*, e, por outro lado, de capital: a sociedade em commandita por acções.

Esta sociedade é um desenvolvimento da sociedade em commandita simples e, ao mesmo tempo, um instituto novo, accorde ao das sociedades por acções.

E' uma sociedade em commandita, porque nella ha duas especies de socios: uns de responsabilidade illimitada, outros de responsabilidade limitada. Participa da natureza das sociedades por acções, porque o seu capital é dividido em acções. E' em summa, uma feliz combinação dos dous princípios, pois, appellando para o publico afim de accumular grandes capitaes, reúne a essa vantagem a que provém da capacidade e personalidade dos socios. Combina a consideração do capital com o aproveitamento da capacidade individual de certos socios, ao mesmo tempo que põe ao alcance do publico contribuir para o capital social, o que permite á sociedade levantar grandes capitaes.

Nas sociedades em nome colectivo, como em todas as sociedades de pessoas, o capital não é cessivel sem o consentimento de todos os socios; ao passo que nas sociedades anonymas a regra é a contraria.

Nas commanditas por acções combinam-se esses dous princípios: ha socios cujo capital não é cessivel — os socios gerentes, — e socios cujo capital é cessivel — os socios commanditarios —.

Pelo facto de participar acommandita por acções, da natureza das sociedades *intuitu personae* o capital dos socios gerentes não pode ser dividido em acções (art. 215 do Decreto 434 de 1891.) Isto lhe tiraria o character pessoal.

De modo que, ha tambem duas especies de capital: o capital dos socios solidarios e o capital dos socios commanditarios, que se divide em acções.

A gerencia, em vez de pertencer aos mandatarios da sociedade, compete aos socios solidarios; no contracto social, diversamente do que acontece nas sociedades anonyms, se designam os socios gerentes (art. 219). Na sociedade anonyma, a sociedade nada tem de ver com o accionista, depois de integrada a acção e, por isso, o accionista pode exercer qualquer cargo; na commandita por acções, porém, o commanditario não pode desempenhar as funcções de gerente, sem se tornar solidaria e illimitadamente responsavel. Assim, ao passo que a pessoa do socio é inteiramente differente á sociedade anonyma, na commandita por acções, a qualidade do commanditario liga-se á pessoa do socio.

Estes são os caracteristicos principaes das commanditas por acções, fusão de dous elementos diferentes: a pessoa e o capital.

Contra ellas têm-se levantado muitas vozes, em vista de abusos que se dão, como por exemplo, o de alguns capitalistas explorarem o commercio como simples commanditarios, afim de fugirem á responsabilidade illimitada. Mas, não deixa de ser patente a vantagem das commanditas por acções, por facilitarem o accumulo de grandes capitaes.

O Decreto n. 434 de 4 de Julho de 1891 consolidou, no art. 215 e seguintes, todas as disposições que regem entre nós as commanditas por acções.

54. — Ha ainda outras especies de sociedade, de que não cogitam nem o nosso Codigo, nem o decreto n. 434, como sejam as sociedades de seguro de vida, as cooperativas, e outras, de natureza mixta, porque o seu objecto sendo civil, a sua fôrma é mercantil: são as sociedades civis que tomam a fôrma de commerciaes.

O Decreto n. 434 sujeita á lei commercial todas as sociedades anonymas, quer o seu objecto seja civil, quer seja commercial. Não se deve, pois, indagar, si a sociedade anonyma é civil ou commercial, para applicar-lhe as disposições legaes.

O caso é differente quando a sociedade civil não toma a fôrma anonyma. Ha, entre nós, uma confusão muito corrente, que consiste em dar o nome de sociedade anonyma á sociedade de natureza civil, pelo simples facto de não ter ella uma firma, ou de não possuir um contracto.

Vai nisto um engano: o nosso Direito considera sociedade anonyma sómente a que reúne os requisitos estabelecidos na lei: divisão do capital em acções, responsabilidade limitada dos accionistas e concurso necessario de sete socios. Embora uma sociedade civil tenha a fôrma externa de sociedade anonyma, si não reunir aquelles requisitos, nunca será uma sociedade anonyma. Assim, uma companhia de seguros mutuos tem a fôrma externa de sociedade anonyma, mas, o seu capital não sendo dividido em acções, ella não é uma sociedade anonyma.

Fallando em seguro, diremos que ha duas especies mais geraes do contracto de seguro: o seguro a premio e o seguro mutuo. As sociedades de seguro a premio são verdadeiras sociedades anonymas; nas de seguro mutuo, porém, os associados são os proprios segurados, de modo que não ha differença entre associado e segurado. Por isso errará

quem quizer enxergar numa sociedade de seguro mutuo, uma sociedade anonyma, porque nella o capital não é dividido em acções.

Uma sociedade destinada a um objecto civil pode assumir uma fôrma diversa da de sociedade anonyma. Qual a disciplina a applicar-lhe? A natureza da sociedade se regula pelo seu objecto: si o objecto é civil, a sociedade é civil e, portanto, não está sujeita á legislação commercial. Em nosso Direito a sociedade civil, que não tenha fôrma anonyma, é regida por princípios muito diversos dos que regem as sociedades commerciaes, e por isso devemos ir buscar nas Ordenações do Reino e no Direito Romano a legislação para taes sociedades.

Assim, uma sociedade em nome colectivo, cujo objecto seja meramente civil, como, por exemplo, explorar uma fazenda agricola, pelo facto de haver um nome colectivo, não se lhe deve impôr a solidariedade, que se presume nas sociedades commerciaes; salvo si o contracto daquella o estipular expressamente. Isto porque a sociedade é regida pelos princípios de Direito Civil, em que nunca se presume solidariedade.

Estas especies de sociedades mixtas, embora tenham aparentemente a fôrma commercial, são, na verdade, sociedades civis, e regem-se pelas leis civis, ou, em geral, pelos proprios contractos, visto como a nossa lei civil é omissa a respeito.

X

Participações. — Parcerias marítimas.

55. — As sociedades em conta de participação não têm nenhuma formalidade, são uma especie de associação que não apparece em publico, não existe para o publico. E' por isso que, antigamente, eram chamadas sociedades anonymas.

Nellas ha menos do que uma sociedade propriamente dita, ha apenas uma conta, tanto que dá-se-lhes tambem o nome de contas de participação.

Na sua economia intima, porém, existe uma verdadeira sociedade, por isso que ha um lucro commum e um risco commum, com a differença que o seu organismo é occulto aos extranhos.

A definição que o art. 325 do Codigo Commercial dá de sociedade em conta de participação, parece apontar como caracter principal della o da momentaneidade, o de uma curta duração. Mas, nada impede que a sociedade seja formada para uma serie de operações, por um prazo mais ou menos longo. Assim, a momentaneidade não pode ser o unico caracteristico desta sociedade.

O caracter essencial della está na circumstancia de não se revelar ao publico: só o gerente é que apparece, de modo que, portas a dentro, a sociedade existe, mas, em publico, não. Nisto de resume a essencia da conta de participação.

Não se revelando em publico, é claro que a sociedade em conta de participação não assume a feição de uma pessoa juridica; é mera sociedade de facto, que só existe entre os socios.

56. – Parceirias maritimas são sociedades de navios. E' esta uma especie particular de sociedade, uma sociedade *sui generis*, cujo caracter foi descoberto por Cresp.

Distingue-se da sociedade em nome colectivo: 1° por não ter firma ou razão social; 2° porque a responsabilidade dos socios, embora illimitada em theoria, de facto se limita pela faculdade de abandono do navio.

Distingue-se da sociedade de capital e industria, porque na parceria todos os socios têm um quinhão social, representado pelos *quilates* ou *carati*.

O navio é physica e juridicamente indivisivel, e por isso, para o effeito da sua propriedade, é idealmente dividido em um certo numero de quinhões: os italianos dividem- n'ó em 24 *carati* ou *quirats*, os inglezes em 64 *shares*, os portugueses, hespanholes e brasileiros em partes aliquotas, como $1/6 - 1/8$ -. Etc., chamadas *quilates* ou *quinhões*. Estes quinhões podem pertencer a outros tantos individuos.

A parceria maritima não é uma sociedade anonyma, porque não reúne os requisitos desta, que são, como sabemos, capital dividido em acções, socios com responsabilidade limitada e em numero de sete, pelo menos. Não é uma commandita por acções, porque não tem um ou mais socios solidarios e outros commanditarios, nem o capital dividido em acções. Não é uma conta de participação, porque a sociedade apparece em publico.

Parece-se mais com a commandita simples, e foi mesmo da parceria maritima que se originou o contracto de pacotilha, de que nasceu a commandita. Mas distingue-se della, por não ter formado e porque, havendo na commandita, pelo menos um socio solidaria e illimitadamente responsavel, na parceria os socios libertam-se dessa responsabilidade pelo abandono.

A parceria maritima é, portanto, uma sociedade sui generis, regida por disposições especiaes e proprias. O capital della consiste no navio e, sendo a sociedade representada pelo navio, acontece que é tambem uma sociedade de facto, não tendo personalidade juridica identica á das outras especies de sociedade.

Della trataremos mais detalhadamente quando estudarmos o Direito Commercial Maritimo, porque é nessa parte que o nosso Codigo se occupa da parceria maritima (art. 485 e seguintes).

Secção 2ª

Dos contractos

XI

Theoria dos contractos mercantis, *in genere*.

57. — O Codigo Commercial, ao tratar dos contractos mercantis, suppõe a materia amplamente regulada, como devia sel-o, pelo Direito Civil. Manda, por isso, applicar aos contractos commerciaes, as disposições do Direito Civil referentes aos contractos, salvo as modificações que o mesmo Codigo estabelece. (Art. 121).

E' este um dos defeitos resultantes da dycotomia do Direito Privado, que já assignalámos como contraria ao progresso scientifico, occasionando grande confusão e embaraço na pratica.

Não se pode, sem escrupuloso exame, applicar aos contractos commerciaes as disposições do Direito Civil, porque os contractos mercantis se revestem de character proprio e uma applicação irreflectida occasionaria graves erros, como já tem levado os Tribunaes a proferirem decisões contrarias á justiça e ao direito.

Sem duvida, em alguns dos seus elementos essenciaes, os contractos mercantis, em geral, são perfeitamente identicos aos contractos civis. Mas, além dos elementos essenciaes communs, aquelles têm elementos proprios, que é preciso ter sempre em vista, quando se quer averiguar as relações juridicas delles derivantes.

E' com effeito, no perfeito accordo das vontades que existe o nucleo formador, a essencia do proprio contracto; mas, para que se possa bem comprehender a vontade real das partes contractantes, não se deve prescindir de certos elementos constitutivos.

Na evolução jurídica das obrigações commerciaes, á proporção que ellas se foram destacando, afim de constituir um ramo á parte do Direito Privado, dous caracteres principaes foram tambem se accentuando, de modo a caracterizarem taes obrigações: a solidariedade e a onerosidade delias.

Ao passo que, no Direito Civil, a solidariedade depende de uma declaração expressa da vontade, no Direito Commercial ella se considera latente na vontade das partes, de modo a constituir a regra geral. Qualquer obrigação civil collectiva não se reputa solidaria sem que as partes contractantes o hajam declarado; emquanto que, toda obrigação commercial collectiva se reputa solidaria, si o contrario não tiver sido expressamente estipulado.

Com a onerosidade das obrigações mercantis dá-se o mesmo. Como não existe acto de commercio sem intuito de lucro, é claro que ninguém pode fazer um contracto mercantil sem ter em vista o lucro, e portanto sem obrigar a outra parte a um onus. Todo contracto commercial repousa sobre este postulado: o contracto é feito com o intuito de lucro, e como o lucro suppõe o onus da obrigação, o onus é da essencia da obrigação mercantil.

Acontece justamente o contrario no Direito Civil: a onerosidade não é elemento essencial do contracto civil, mas apenas um elemento accidental. Em regra, o contracto civil se suppõe gratuito, si as partes não estipularem expressamente o onus. Assim o contracto de mandato, si de natureza civil, é gratuito, desde que não se estipulou uma remuneração ao mandatario; ao passo que, si de natureza mercantil, embora não haja estipulação, o mandatario tem direito a uma remuneração. O mesmo se diga quanto aos contractos de deposito, mutuo, etc.: a onerosidade é caracter essencial do contracto mercantil.

E' por isto que, geralmente, os civilistas ensinam que nos contractos civis se tem em vista o *valor de uso* do objecto, emquanto que,

nos contractos mercantis, se tem em vista o *valor real ou de troca*. Esta distincção, porém, não offerece um criterio suficiente, para se estabelecer a differença entre uns e outros.

Com effeito, é um erro suppôr que nas transacções civis se tenha em vista apenas o *valor de uso*, dado ao objecto. A compra e venda de bens de raiz, por exemplo, que é um contracto civil em nosso Direito, tanto pôde ter por fim o simples uso do immovel, como a sua aquisição pode ser feita com o intuito de especular; e, de facto, nos Estados Unidos, a especulação sobre terrenos está muito desenvolvida e, entre nós, em certa epoca teve enorme incremento. Eis ahi um contracto civil, em que se tem em vista o valor de troca e não o valor de uso.

Assim tambem, o contracto commercial de mutuo, desde que seja acompanhado de hypotheca, é regido pela lei civil, embora tenha caracter perfeitamente commercial.

Nos contractos mercantis, porém, ha realmente o caracter de troca: o typo desses contractos é o de compra e venda, ou de troca, e si analysarmos detidamente qualquer contracto mercantil, chegaremos á conclusão de que é, no fundo, um contracto de compra e venda.

Além da onerosidade e da solidariedade, que caracterizam os contractos mercantis, outros pontos de distincção entre estes e os contractos civis são os que se referem ao modo de fazel-os e de proval-os.

Ha contractos civis que, para se considerarem perfeitos e acabados e mesmo para que se possam dizer existentes, necessitam de certas formalidades legaes; ha casos em que a escriptura publica é da *essencia* do contracto. No commercio o simples accordo das vontades produz, desde logo, em regra, a obrigação.

Diferentemente do Direito Civil, os contractos commerciaes podem-se provar por qualquer genero de prova, como se vê no art. 122 do Codigo, com a restricção do art. 123. No Direito Civil, pelo contrario, conforme a Ordenação do livro 3.º, tit.º 59, todos os contractos, pactos, etc, devem ser provados por escriptura publica, desde que o seu valor exceda de 1:200\$.

O Decreto n. 79 de 23 de Agosto de 1892 admittiu, porém, como meio de prova, em Direito Civil, os escriptos particulares, feitos e assignados de proprio punho e com duas testemunhas, qualquer que seja o valor da transacção (art. 2.º).

Os contractos civis, portanto, desde que o seu valor exceda á taxa legal, só se provam por escriptura publica ou por escripto particular de proprio punho; ao passo que os contractos commerciaes têm muitos outros meios de prova.

Este ponto, que revela a enorme differença entre os contractos commerciaes e os contractos civis, representa um dos caracteres accentuados da evolução que separou o Direito Commercial do Direito Civil, pela facilidade e simplificação das provas. No antigo Direito Civil, os contractos, para serem perfeitos, dependiam de formalidades solemnes, herdadas dos Romanos e que perduraram atravez dos tempos. Ao passo que o Direito Civil permanecia immovel, o Direito Commercial simplificava as cousas, adoptando os meios mais simples de prova.

Assim, esta distincção assignala a evolução do Direito Mercantil, que hoje reage sobre o Direito Civil, provocando a simplificação das provas nos contractos deste; disso é um exemplo o Decreto n. 79 citado.

Por elle se vê perfeitamente que, embora recebendo a influencia simplificadora do Direito Commercial, ainda se quiz minoral-a; porque esse Decreto, ao passo que facilita a prova dos contractos civis

unilateraes, deixou passar em silencio os contractos bilateraes synallagmaticos.

Dizendo a lei que o escripto particular deve ser feito de proprio punho, num contracto bilateral synallagmatico, qual dos contractantes deve escrevel-o? A essa duvida, a pratica seguida responde que o instrumento pode ser escripto por qualquer dos contractantes, mas essa pratica contraria a estreiteza da lei.

Em resumo: as distincções capitaes entre os contractos civis e commerciaes são:

1.º o character de solidariedade de todas as obrigações mercantis collectivas.

2.º o character de onerosidade de todas as obrigações.

3.º a simplificação das formalidades que retardam a perfeição dos contractos, ficando, em regra, reduzidas ao simples accordo das vontades.

4.º a simplificação da prova.

Quanto áquelle que, scientificamente, se deve reputar o character essencial das obrigações com-merciaes, isto é, o intuito de especulação que preside a todos os actos e contractos mercantis, não podemos assignalal-o como característico essencial dos contractos mercantis *in genere*, em vista das disposições empiricas da nossa legislação.

Que ellas são puramente empíricas, não abraçam criterio algum scientitico, não resta a menor duvida.

Sinão vejamos. O art. 10 do Regulamento n. 737 declara competirem á jurisdição commercial todas as causas que derivarem de

direitos e obrigações sujeitas ás disposições do Codigo Commercial, com tanto que uma das partes seja commerciante.

Não basta, portanto, que o objecto do direito ou da obrigação seja commercial por natureza, e esteja disciplinado no Codigo; é preciso tambem que uma das partes seja commerciante.

Do mesmo modo, não basta que o contracto seja feito entre commerciantes, para que fique sujeito á jurisdição commercial: é necessario ainda que, por sua natureza, elle seja commercial e se ache regulado no Codigo. Assim reza o art. 11.

Qual o criterio scientifico nessas disposições de lei? Nenhum.

Do art. 10 não se pode deduzir um criterio limitativo, porque a jurisprudencia evoluiu muito desde 1850: assim, muitos assumptos que hoje são regulados e considerados como objecto de contractos commerciaes, não foram contemplados no Codigo Commercial. E si fossemos limitar a interpretação do dito art., seriamos levados a excluir da jurisdição commercial muitos contractos que são geralmente acceitos como commerciaes.

O art. 20 abre uma excepção á regra contida nos arts. 10 e 11, salientando ainda mais a falta de um criterio scientifico, que presidisse á classificação dos contractos commerciaes. Manda elle julgar em conformidade das disposições do Codigo e pela mesma fórma do processo, ainda que não intervenha pessoa commerciante:

§ 1.º As questões entre particulares sobre títulos da divida publica e outros quaesquer papeis de credito do Governo. Taes questões nunca tiveram character commercial; entretanto, obedecendo-se sempre á idéa de manter uma divisão insubsistente entre os dous ramos do Direito Privado, e como o processo commercial assegurasse maior rapidez ás

causas, entendeu-se, arbitrariamente, sujeitar essas questões á jurisdição commercial.

§ 2.º As questões de companhias e sociedades, qualquer que seja a sua natureza e objecto. Andariamos errados si quizemos entender amplamente o que se contém neste §; elle deve ser interpretado num sentido restricto, porque tambem ha companhias e sociedades de Direito Civil, que não estão absolutamente sujeitas á jurisdição commercial. Só as sociedades civis que affectarem a fôrma anonyma é que são regidas pela lei commercial, de accordo com o que dispõe o Decreto n. 434 de 1891: as outras não.

§ 3.º As questões que derivarem de contractos de locação, comprehendidas na disposição do Tit. X, Parte I do Codigo, com excepção sómente das que fôem relativas á locação de predios rusticos e urbanos. O legislador quiz subtrahir á jurisdição commercial as questões de bens de raia, por entender que ellas não podem revestir o character commercial, o que é falso como vimos.

4.º As questões relativas a letras de cambio e da terra, seguros, riscos e fretamentos. No tocante aos seguros, a lei de 1850 só podia referir-se ao seguro maritimo, porque naquella epoca, os terrestres contra fogo e os de vida eram inteiramente desconhecidos. E' por isso que estes ultimos são hoje sujeitos á lei civil.

Todas estas questões estão sujeitas á jurisdição commercial, independente das pessoas que nellas intervêm; mas tudo isto arbitrariamente, sem que possamos descobrir nas disposições legaes, uma direcção segura, baseada em theorias preestabelecidas.

Portanto, o intuito de lucro não pode ser apontado como character essencial dos contractos mercantis, em nossa legislação.

58. — No consentimento e no simples consentimento, sem mais formalidade alguma, reside a essência de todos os contractos mercantis. Só nos casos em que o Código expressamente exige prova por escripto, é que o consentimento, por si só, não basta; o principio geral, porém, permanece intacto. E' o que reza o art. 126 do Código.

No Direito Civil acontece o contrario; por exemplo, na compra e venda de immoveis, a escriptura publica é da essência do contracto; este não existe sem se externar com as solemnidades da lei. O mesmo se passa com o contracto de *hypotheca*, que não existe, nem mesmo para as partes contractantes, sem a escriptura publica, que também é da essência do contracto.

O escripto pode ser da *essência* do contracto, ou necessario para a *prova* deste. Quando é da essência do contracto, este não existe sem elle; quando apenas probatorio, o contracto existe, mas tal existencia só é provada pelo escripto.

No Direito Mercantil o escripto não é da essência do contracto, e por isso, a não ser em alguns casos em que o contracto se externa transformando-se no papel, é exclusivamente no consentimento que consiste a essência dos contractos commerciaes.

Em regra, portanto, no Direito Mercantil, a doutrina chegou ao ultimo ponto da evolução dos contractos, isto é, aos contractos puramente consensuaes.

Ha, porém, alguns contractos que, segundo os commercialistas e de accordo com a lei, exigem um complemento da vontade das partes, para produzirem todos os seus effeitos; pelo que os commercialistas admittem a divisão dos contractos mercantis em consensuaes e reaes (os que dependem da tradição da coisa, para serem completos).

A' primeira vista, parece que é isto contradizer o que acabámos de affirmar; devemos, porém, deixar bem assignalado que esta distincção affecta tão sómente a fórma e não a propria essencia do contracto.

São contractos reaes: o mutuo, o deposito, o penhor e a conta corrente.

Mutuo é o contracto pelo qual uma das partes (mutuante) entrega á outra (mutuario) uma certa quantidade de cousas moveis e fungiveis, com obrigação de fazer-se a restituição na mesma especie e qualidade, em determinado prazo.

Penhor é o contracto pelo qual o devedor, ou um terceiro por elle, entrega ao credor uma cousa movel, em segurança e garantia da obrigação commercial (art. 271 do Codigo).

Deposito é o contracto pelo qual o depositante entrega ao depositario um objecto movel para guardal-o.

Para a existencia da conta corrente, é necessario que haja remessa de valores, transferindo a propriedade delles em troca de uma simples verba de credito.

Em taes contractos é, pois, indispensavel que a tradição da cousa se tenha dado, é forçoso que a cousa passe das mãos de um para outro contractante.

Mas, si isto é necessario para dar vida a um contracto de mutuo, penhor ou deposito, não o é para obrigar as partes ao compromisso assumido e ás consequencias juridicas da inobservancia do estipulado. A tradição é necessaria como *elemento proprio* do contracto, mas nem pela falta della deixa de existir contracto. Assim si alguém se obriga a dar em penhor um certo objecto, está adstricto a fazel-o e responde pelo cumprimento da obrigação; si não a cumpre, o contracto de

penhor não se caracterizou, entretanto subsiste sempre um contracto *in genere*.

Quem se obrigou a emprestar a outrem certa quantia, é obrigado a indemnizal-o do prejuizo que lhe causa a falta de cumprimento da obrigação.

Deste modo, vemos que os contractos reaes, embora se caracterizem pela tradição da coisa, contudo a falta desta não faz desaparecer inteiramente o vinculo obrigacional, dando mesmo lugar á acção de perdas e danos. E' licito, portanto, affirmar que, no simples consentimento das partes, está a essencia dos contractos mercantis.

Alguns commercialistas admittem ainda a divisão dos contractos commerciaes em:

- a) singulares e bilateraes ou synallagmaticos,
- b) onerosos e gratuitos.

Quer uns quer outros não se adaptam perfeitamente á natureza das obrigações mercantis. Em Direito Commercial podem-se admittir contractos gratuitos em especie, jamais em these. Nada impede o mutuante de absolver o mutuario da obrigação de pagar os juros pelo emprestimo feito — *unusquisque eis quoe pro se introducta sunt, renunciare potest* —; mas essas são convenções particulares que não podem autorizar a divisão dos contractos commerciaes em onerosos e gratuitos. Não ha, em these, contractos commerciaes gratuitos, desde que, como vimos, nelles entra o intuito de lucro como principio capital.

Parece que o mesmo se poderá dizer em relação á divisão dos contractos mercantis em unilateraes e bilateraes.

Unilateraes são os contractos em que apenas uma das partes se obriga a fazer a prestação; bilateraes aquelles em que ambas as partes

a ella se obrigam. Ora, si nos contractos mercantis ha forçosamente um intuito de lucro, segue-se que ha tambem prestação de ambas as partes, em virtude da qual uma dellas ou ambas vão realizar o lucro.

59. — Si é indispensavel o consentimento, para que haja contracto, não se pode dizer que exista consentimento, quando aquelle que manifesta a sua vontade, não tem capacidade legal para dal-o ou o dá de modo vicioso.

A primeira cousa a examinar é a capacidade das partes contractantes, saber si aquelles que contrahem o compromisso têm a capacidade civil necessaria para fazel-o. Tratando-se de contractos mercantis, devem-se ter em vista as alterações que, em materia de capacidade, introduziu a lei commercial. Assim, o filho menor, embora tenha mais de 18 annos, não pode contrahir uma obrigação civil, mas, com autorização paterna, pode contrahir obrigações commerciaes. O mesmo se diga da mulher casada: pelo Direito Civil, salvo estipulação em contrario no pacto ante-nupcial, ella não pode contractar sem autorização do marido; ao passo que, autorizada pelo marido a commerciar, pode contractar e alienar os proprios bens dotaes.

São vicios do consentimento as alterações da vontade que a elle tiram o character de espontaneidade e validade que deve ter: são a *fraude*, o *dolo* e a *simulação*, de que trata o art. 129 n. 4 do Codice Commercial. Dir-se-ia, com mais propriedade, *erro* e *dolo*, porque *fraude* não é mais do que o meio de fazer com que alguém caia em erro, suppondo praticar um acto que, na verdade, não pratica. A *simulação*, porém, não é um erro que affecte propriamente a vontade das partes contractantes, e sim o proposito de dar a um acto determinado uma apparencia diversa, afim de enganar a terceiros. E' preciso, pois, que a simulação seja criminosa, dolosa, para que possa constituir vicio radical do consentimento.

Um caso commum de simulação é quando se combina mencionar na escriptura de compra de um predio, um preço menor do que aquelle que realmente é pago, para lesar a Fazenda Publica, no pagamento do imposto de transmissão de propriedade. Outro caso commum dá-se nas fallencias, quando o fallido passa titulos de credito privilegiado, afim de favorecer a este ou aquelle credor, ou forja creditos que não existem, afim de conseguir maioria e obter concordata. Estas simulações, evidentemente, são criminosas e, portanto, annullam o contracto.

Mas casos ha, e não raros, de simulação perfeitamente innocente, que não vicia o consentimento e, portanto, não pode annullar o contracto. Como “o segredo é a alma do negocio”, muitas vezes simulam-se operações, actos ou preços, com o intuito apenas de desviar investigações alheias e de impossibilitar aos concurrentes o conhecimento do verdadeiro estado dos negocios.

60. — Pondo de parte os vícios de consentimento, que affectam de nullidade o contracto, vejamos quaes as condições que deve revestir o consentimento ou o accordo das vontades, sobre o objecto do contracto, para formar o laço juridico do qual se origine a obrigação.

Todo contracto tem dous elementos, representados pelas duas vontades que coincidem: a proposta ou offerta, por um lado, a acceitação dessa proposta, por outro.

Embora nem sempre se torne patente a existencia desses dous elementos, é inquestionavel que elles não podem deixar de existir, ainda que seja em estado latente.

Nem toda proposta, porém, pode ser considerada como elemento sufficiente para dar nascimento ao contracto: só é proposta ou offerta conveniente, aquella que designar o objecto do contracto. Uma

proposta que não designasse tal objecto, não teria existencia real, não podendo portanto ser considerada subsistente.

Mas, não basta que a offerta designe o objecto do contracto; é necessario que apresente o objecto com todos os seus caracteristicos, de modo que appareça ao destinatario como dependendo a sua realização apenas do assentimento deste. Si a proposta não contém em si todos os característicos immanentes do objecto, não pode gerar nem sequer um principio de obrigação, nem sequer um dever para o offertante; quando muito, poderia dizer-se que houve uma promessa de contracto.

Assim, por exemplo, o negociante que propuzesse comprar café e assucar, sem determinar as condições em que pretende realizar o negocio, não haveria feito uma proposta firme, como se costuma dizer, porque não é conhecida a quantidade, o preço, a qualidade, etc.

Em terceiro lugar, é necessario que a proposta seja feita directamente ao destinatario ou oblato, pois, si fosse manifestada apenas a uma terceira pessoa, não teria efficacia jurídica.

Parecerá, á primeira vista, — e é uma objecção que surge logo — que nos contractos em favor de terceiro, esta condição não se dá. Ha, com effeito, uma especie de contractos que não são feitos em beneficio do offertante, mas em beneficio de um terceiro, como o contracto de seguro de vida, que não se faz em favor do promittente, mas de um terceiro. Este beneficiario não é parte contractante, mas ao se dar a execução do contracto, elle beneficia dos effeitos deste. Nem mesmo neste caso, porém, se pode dizer falseada a regra acima enunciada: porque o contractante, aqui, não é o beneficiario do contracto e sim aquelle que efectivamente se obriga a realizar a prestação, aquelle cuja vontade se liga á do promittente para dar nascimento á obrigação. Ainda mesmo nesta hypothese, portanto, vê-se realizar-se o terceiro requisito, sendo a proposta feita ao proprio contractante.

O valor da proposição e a duração dos seus efeitos juridicos são da maior simplicidade quando se trata de pessoas presentes. Achando-se as duas pessoas em face uma da outra, nada mais simples do que conhecer até onde responde o offertante pela sua proposição; a proposta e a acceitação são simultaneas. Já o mesmo não acontece, quando os contractantes estão longe um do outro.

Para haver contracto, é indispensavel que sejam congruentes as duas vontades, devem coincidir os dous consentimentos. Isto em theoria, porque, na pratica, o principio não pode deixar de soffrer modificações, attendendo ás condições reaes da vida. No momento em que a distancia separa o offertante do acceitante, a manifestação da vontade deste não pode deixar de ser posterior á manifestação da proposta, que é já um facto passado; a congruencia das vontades não é simultanea, mas successiva.

Por isso, o Direito não deixa de dar efficacia á promessa e sanciona o objecto da proposta por tanto tempo, quanto necessario afim de dar-se a acceitação do oblato.

Entre presentes, é questão de minutos; as difficuldade surgem quando os dous contractantes se acham em lugares differentes e os contractos são tratados por correspondencia epistolar ou telegraphica. Então o Direito determina que a vontade do proponente dure o tempo necessario para que a vontade do oblato se manifeste; do contrario, não haveria seriedade nas transacções commerciaes

Si fosse licito a um negociante propôr um contracto a outro, em lugar differente, e se considerar desobrigado da promessa desde que o segundo não respondesse immediatamente, seria um absurdo.

E' preciso que, quem toma a iniciativa de contractar, tenha responsabilidade sufficiente, afim de garantir a sua proposta por todo o tempo necessario para o oblato manifestar o seu assentimento.

Entre a proposta e a data em que o destinatario tenha della conhecimento, o proponente pode mudar de resolução: mas, si não teve a cautela de reflectir na proposta e avisar ao acceitante a sua mudança de resolução, quando já este se haja manifestado, acceitando a proposta, o Direito obriga o proponente a manter a primitiva resolução.

Não ha que hesitar entre o negociante que muda de resolução, depois de manifestal-a e o negociante que acceita a proposta feita.

Portanto, a proposta feita por um negociante a outro, é considerada firme até o momento em que o destinatario pode manifestar a sua resolução, salvo si elle receber a prova da mudança de resolução, ao mesmo tempo.

Qual o momento preciso em que, segundo o Direito Commercial, se dá o encontro das duas vontades, de modo a formar o contracto?

Ha, no assumpto, diversas theorias:

a) A primeira se baseia no conhecimento, pelo proponente, de que sua proposta foi acceita; é a chamada theoria *da informação*. Funda-se em que não é bastante a acceitação para que se dê o encontro das vontades; é preciso que o proponente seja informado da acceitação da sua proposta, para haver contracto.

Esta theoria pecca pela base, porque o mesmo fundamento que ha para se ter a informação da acceitação da proposta, haveria para que a segunda informação chegasse ao conhecimento da outra parte, e assim se iria numa serie infinita de informações.

6) A segunda theoria é a da *recepção* ou *acceitação*. Entende-se formado o vinculo obrigacional, no momento em que o destinatario recebe a proposta do offertante e a acceita.

Tambem não é acceitavel, porque deixa á vontade do oblato considerar formado ou não o contracto; a prova da perfeição do contracto seria muito difficil, sinão impossivel. E' uma theoria perigosa.

c) A terceira theoria é a da *expedição*. Considerasse formado o contracto no momento em que o destinatario, tendo recebido a proposta, expede a resposta acceitando-a, no momento em que se despoja da sua vontade e não pode mais allegar que não acceitou a proposta. A acceitação se verifica de um modo facil de provar-se: a expedição da carta ou do telegramma.

E' esta a doutrina adoptada no nosso Codigo (art. 127) e a que parece melhor.

Em summa: a proposta do contracto, para que produza o effeito juridico de obrigar o proponente, nos casos em que essa obrigação se possa tornar effectiva, é necessario que revista os requisitos que acabámos de enumerar e que tendem a tornar bem claro o pensamento do offertante, de modo a permittir ao destinatario, uma perfeita noção do objecto do contracto; e pela simples acquiescencia deste, remettida ao proponente, se perfecciona o contracto.

Sem taes requisitos, necessarios á validade da proposta, ella não passará jamais de uma simples promessa de futuro contracto, dando origem á theoria da vontade unilateral, dos allemães, que já tivemos occasião de combater.

O outro elemento do contracto é a acceitação. Esta, diferentemente da proposta, pode ser expressa ou tacita. Casos ha em que o Direito presume o assentimento do acceitante, deduzido da lei ou da natureza das cousas. O Codigo Commercial trata de alguns casos de acceitação tacita nos arts. 141, 168, 212, 219 e 283.

Conforme o art. 141, desde que o mandatario recebe o mandato e começa a executá-lo, presume-se que o aceitou. E isto se torna ainda mais incontestável quando, em virtude da profissão do mandatario, se é levado a induzir uma como que prévia aceitação de todos os mandatos que lhe forem confiados.

O commissario que recebe as mercadorias e não responde imediatamente recusando, é claro que aceitou tacitamente a comissão (art. 168).

O art. 212 trata da aceitação tácita, quanto á rescisão da venda; o art. 219, ultima parte, trata da aceitação tácita, como contas liquidadas, de facturas contra as quaes não houver reclamação dentro de dez dias da sua entrega.

O art. 283, equiparando o deposito voluntario ao mandato e á comissão, resulta que o primeiro também pode ser aceito tacitamente.

Em regra, a aceitação deve ser expressa; só pode ser tácita, quando a lei assim determina, ou quando, por equidade, conforme os costumes do commercio, se pode razoavelmente induzir essa aceitação.

Numa proposta feita entre ausentes, a aceitação tácita só se pode admittir, quando o oblato faz profissão do acto de que é incumbido, ou quando, entre o proponente e o destinatario, existem relações que autorizem a proposta.

Fóra desses casos, a aceitação deve ser expressa e conter, mais ou menos, os mesmos requisitos que a proposta.

Deve referir-se á proposta feita, versar sobre o mesmo objecto della; deve ser simples, pois si estiver acompanhada de alguma modalidade, já não pode ser considerada como uma aceitação, e sim como uma nova proposta. Si alguém propuzer comprar café a 9\$ e lhe fôr

respondido que se venderá a 10\$, não houve aceitação, nem contracto. O mesmo se diga quanto ao prazo, ou qualquer outra modalidade.

No contracto modal é preciso, ou que a proposta tenha previsto a condição, ou que o proponente aceite a modificação da sua vontade, de modo a formar o contracto.

E' verdade que, no Direito Commercial, não é absoluta a regra de Direito Civil que exige *res, pretium et consensus*, em materia de compra e venda. No Direito Commercial, muitas vezes, admite-se que a venda se torne perfeita apenas com a *res* e o *consensus*, podendo o *pretium* ser deixado a posterior avaliação. Assim: um negociante propõe a outro a venda de uma partida de generos da praça; o segundo aceitando, mesmo sem declaração de preço, o contracto está feito e suppõe-se que as partes tacitamente se accordaram em fazer o contracto pelos preços correntes da praça.

Em Direito Civil isto não é possível, porque o preço é elemento constitutivo do contracto.

Não se pode, porém, dispensar o accordo sobre o objecto, embora esse objecto possa ser, não já indeterminado, mas constituído em genero e não em cousa.

Em todo o caso, deve haver consentimento consciente do destinatario, sobre o objecto que se lhe offerece. A rusticidade que, em alguns casos de Direito Civil, é reconhecida, no Direito Commercial nunca o é: suppõe-se que o negociante é um homem prudente e avisado.

A offerta deve ser dirigida ao destinatario; do mesmo modo a aceitação deve ser dirigida ao proponente; si o fosse a terceiro, não produziria efeitos juridicos.

Taes são as condições em que o consentimento das partes contractantes pode-se tornar perfeito, de modo a satisfazer o preceito legal do accordo.

61. — Mas além dos elementos do contracto, que já vimos — capacidade e accordo consciente e seguro das partes — elle tem outros requisitos, sem os quaes não se diz perfeito, nem pode obrigar: —o objecto e a causa.

Objecto do contracto é a coisa sobre que recahe o mesmo contracto, tudo aquillo que pode ser objecto de troca, tudo que é util e dá lugar a uma prestação ou contra-prestação. No Direito Commercial, é claro que só pode ser objecto de um contracto mercantil aquillo que, de accordo com o Codigo, é considerado mercancia.

As cousas que podem ser objecto de contractos commerciaes são: as mercadorias, as cousas de uso e os serviços pessoaes.

Por mercadorias se designam aquelles generos e cousas, cujo unico destino para o contractante é a circulação; isto é, aquillo que elle compra para revender.

Por objectos de uso, ao contrario, se entendem aquellas cousas que não sahem do poder do contractante, embora tenham um character commercial, como carros de transporte, navios, etc, que não se dizem mercadorias, mas objectos de uso.

Serviços pessoaes são os que podem ser prestados com intuito de especulação ou de lucro, como os trabalhos dos mandatarios em geral, os serviços dos feitores, guarda-livros, caixeiros, capitães de navio etc, que são considerados cousas mercantis.

O prestador de serviços não é um contractante propriamente dito; os actos prestados por elle são cousas mercantis, mas, pela theoria dos actos do commercio, sabemos que elle não pratica, propriamente, um

acto commercial. Assim o caixeiro, que não é negociante, presta auxilio ao commercio e, portanto, os seus serviços podem ser objecto de um contracto.

As cousas que podem ser objecto de contractos mercantis, ou existem realmente, ou não existem por ocasião do contracto: é permitido vender cousas futuras e, sendo o contracto de compra e venda o typo dos contractos commerciaes, o que regula todas as especies de contractos, a disposição do art. 192 do Codigo Commercial, que aliás está antiquado, pode-se generalizar a todas as especies de contractos mercantis. E' admissível, portanto, contractar sobre cousas presentes ou futuras.

As futuras podem ser de natureza esperada ou puramente aleatorias; qualquer das duas pode ser objecto de contractos mercantis.

As cousas que se esperam naturalmente, como os fructos civis, os pagamentos futuros, os creditos a vencer, podem licitamente constituir objecto da um contracto mercantil. Quanto aos contractos puramente aleatorios ou differenciaes, ha discussão entre os autores, por entenderem alguns que elles se resentem da agiotagem e do jogo. E, como pelo art. 129 § 2.º do Codigo, são nullos os contractos que recahirem sobre objectos prohibidos pela lei, cousas illicitas, entende-se que taes contractos não podem ser feitos.

Mas Vidari sustenta que, nos contractos differenciaes, não entra sómente a alea como elemento; elles não são tão aleatorios como se afigura á primeira vista, porque dependem, em grande parte, dos trabalhos do negociante, do seu atilamento e sagacidade, cousas que absolutamente não são aleatorias. Além disto, ha uma certa benevolencia para com esses contractos, porque elles favorecem a alta dos preços e remuneram melhor o trabalho.

Em Direito Civil distingue-se, entre as cousas futuras, o que é simplesmente uma esperança, do que constitue uma coisa esperada. A *emptio spei* é nulla, a *emptio rei speratae* é valida.

A compra de uma herança futura, os contractos feitos sobre heranças de pessoas vivas, são immoraes e, portanto, nullos. Ha nelles uma esperança vaga, para cuja realização não se pode reunir elemento algum. Do mesmo modo, comprar um lance de pescaria é comprar uma simples esperança, de sorte que o contracto poder-se-ia tornar sem objecto. São esses os casos de *emptio spei*.

Pelo contrario, quem compra lucros futuros, não compra uma simples esperança, mas uma esperança fundada em dados positivos, ou pelo menos apreciaveis: é uma *emptio rei speratae*. Sem duvida, ha alguma alea, que pode intervir no contracto, mas ha tambem elementos seguros em que se pode firmar o resultado esperado"

Esta distincção é um pouco subtil e mesmo, no commercio, é muito difficil estabelecer differença entre simples esperança e coisa esperada. Na duvida, é preferivel inclinar-se para a segunda hypothese.

Um contracto inteiramente aleatorio que o Direito Commercial acceita, é o contracto de seguro contra riscos terrestres e maritimos. Nestes contractos, o objecto é uma coisa inteiramente aleatoria, porque uma casa pode durar cem annos e mais, sem nunca ser attingida pelo incendio; um navio pode viajar constantemente, não sendo jamais victima de accidentes. Os riscos, portanto, são cousas possíveis, mas não provaveis.

62. — Finalmente, o ultimo elemento constitutivo de qualquer contracto commercial, é a causa da obrigação.

Antes de tudo, convém advertir que a redacção do art. 129, n. 3.º do Codigo Commercial, está muito em atrazo em relação ao progresso

do Direito Mercantil: é uma verdadeira velharia, visto como os contractos, em geral, são obrigatorios, ainda que não tenham uma causa aparente e, portanto, ainda que não tenham uma causa certa.

Não ha obrigação sem causa, mas com o desenvolvimento do Direito Commercial, tem-se comprehendido que a boa fé e as transacções seriam embaraçadas a todo momento, si fosse preciso, em cada caso, examinar escrupulosamente a verdadeira causa do contracto.

Em geral, a causa dos contractos não é a que apparece do proprio instrumento do contracto; pouco importa que ella seja real ou simulada. Nisto não vai contradicção com o que dissemos acerca do erro, dolo, fraude e simulação. Esta só pode trazer nullidade do acto juridico, quando criminosa; a simulação innocente, por si só, não pode determinar a nullidade do contracto.

Muitas vezes, para guardar segredo, declara-se uma causa que não é a verdadeira; desde que o facto não envolve prejuizo para terceiro, não existe motivo de nullidade.

Juizes e advogados ha, que se apegam ao n. 3.º do art. 129 e o levam a rigor, declarando nullos os contractos que não tenham causa ou a tenham simulada. Mas uma verdadeira interpretação do Codice leval-os-ia a entender tal disposição de maneira justamente opposta á que pretendem sustentar.

Com effeito: que é *causa certa de que deriva a obrigação*? O adjectivo *certa*, empregado pelo Codice, absolutamente não significa *verdadeira*, mas *determinada*. A causa pode não ser verdadeira; mas, desde que seja determinada, satisfaz as exigencias da lei.

Em segundo lugar, ha modalidades nos contractos, que escapam á primeira vista; examinadas depois, resaltam com toda a evidencia. Por exemplo, faz-se um contracto de compra e venda, seguido

de um contracto de emissão de letras. No primeiro se declara que o preço foi recebido, mas, em vez de se pagar em moeda corrente, acceita-se uma letra que declara valor recebido em moeda. Ha, pois, dous contractos simulados: o primeiro, porque o preço não foi effectivamente pago, o segundo, porque não contém a causa verdadeira da obrigação, visto como não houve valor recebido em moeda. E' esta, entretanto, uma transacção corrente, muito em uso e necessaria; nella não ha fraude nem engano, mas apenas dous contractos sobrepostos, uma verdadeira novação de contracto.

Os commercialistas entendem, e com razão, que, para produzir a validade da obrigação, não é necessario que a, causa indicada no contracto seja realmente a que produziu a obrigação; si ha alguma outra causa, capaz de produzir a obrigação, embora não seja a declarada, o contracto é valido.

XII

Contractos sobre dinheiro ou credito — Cambio, papeis e effeitos commerciaes como instrumento de transporte de dinheiro. — Moeda. — Letra de cambio. — Nota promissoria.

63. — Os contractos commerciaes não versam exclusivamente sobre o que se chama propriamente, em linguagem commercial, mercadorias. Tão importantes em valor como os contractos sobre mercadorias, e muito mais sob o ponto de vista jurídico — commercial, são os contractos que versam sobre dinheiro e sobre credito.

O dinheiro e o credito, no seu aspecto mercantil, são verdadeiras mercadorias e, como taes, sujeitos ás mesmas regras geraes que já estudámos e ainda a outras regras especiaes, particulares, que a natureza desse genero de mercadorias exige.

Assim, depois de tratar dos contractos commerciaes *in genere*, expondo os princípios geraes que os regem e que, salvo particularidades, se applicam a todos os contractos, estudaremos especialmente os contractos sobre dinheiro e credito, que são da maxima importancia, sobrelevando netre elles o contracto relativo á letra de cambio.

Não poderemos fazer o estudo da criação e desenvolvimento historico da letra de cambio, que muito interessam para conhecer as funcções economicas e juridicas dessa instituição; mas, embora pretendamos dar-lhe o caracter puramente pratico, não prescindiremos de algumas noções preliminares sobre a funcção da moeda, porque a letra de cambio, em grande parte, constitue um succedaneo da moeda.

Bastará lembrar que a moeda é a medida commum dos valores, e, sendo uma mercadoria, representa, em todo caso, a força de autoridade da nação que lhe imprime o curso legal. Isto quer dizer que a moeda não pode deixar de variar em cada pais.

Ora, variando a moeda de paiz a paiz, as transacções internacionaes se saldariam difficilmente, com grandes onus, si os commerciantes não houvessem creado um meio especial de transportar a moeda, independente da deslocação da mesma moeda.

A principio, os pagamentos e as remessas de fundos se operavam, deslocando-se a moeda de curso legal, de uma praça para outra. Mas, além de ser um meio deficiente e oneroso, isto trazia complicações muito sérias e fazia depender de circumstancias especiaes a acceitação da moeda de um paiz em outro. Desde que o curso legal só pode ser imposto dentro dos limites territoriaes, é claro que, num paiz sujeito a legislação diversa, tal acceitação só teria lugar quando os commerciantes, espontaneamente, a admittissem.

Fóra desta hypothese, a moeda deixaria de desempenhar a sua função natural, si não fosse substituída por um meio artificial, de modo que a moeda ausente fosse representada pelo valor presente.

Assim nasceu a letra de cambio e dahi a sua função primordial de instrumento de transporte de dinheiro no commercio internacional.

Letra vem de *lettre* (carta) e chama-se de *cambio*, porque representa a troca da moeda de um paiz pela de outro.

A differença de valores entre uma moeda e outra é a taxa ou curso de cambio. Ella varia, conforme se trata de paizes monometalistas ou bimetalistas.

O ouro e a prata são os dous metaes que servem para a moeda. A lei de cada paiz fixa o valor da moeda basica, ouro ou prata, e, sendo o paiz bimetalista, fixa tambem a relação existente entre os dous metaes. No Brazil, a Lei n. 401 de 11 de Setembro de 1846 fixou o valor de cada oitava de ouro de 22 quilates em 4\$, e a relação constante entre o ouro e a prata em 1: 15,5. Mas o valor da prata tem oscillado muito, devido a diversas cir-cumstancias, tanto assim que, até á Lei n. 1453 de 30 de Dezembro de 1905 (art. 30) a sua cunhagem não era permittida. Por isso, apezar do Decreto n. 487 de 28 de Novembro de 1846, que regulamentou a Lei n. 401, podemos tomar como padrão, a moeda de ouro.

Tratando-se, pois, de paizes monometalistas, devemos partir do principio da diversidade das moedas basicas, do valor intrinseco que cada paiz imprime ás suas moedas e a taxa de cambio corresponderá, então, unicamente ao onus que haveria em fazer a remessa directa em especie. Quando, porém, os paizes têm padrão em prata ou meio circulante em papel, a taxa de cambio representará tambem a apreciação da prata ou do papel, feita pelas praças de circulação metalica. Assim, o

cambio varia, conforme se trata simplesmente de facilitar a remessa de valores, ou de apreciar o valor monetario corrente.

Em ambas as hypotheses, a letra de cambio funciona como instrumento de transporte: mas, no primeiro caso, o cambio se restringe a representar a commodidade havida, poupando-se a remessa em especie; no segundo caso, as oscillações são bruscas, conforme a apreciação monetaria é ou não favoravel.

E' esta a funcção primordial da letra de cambio: transportar valores monetarios de um lugar para outro, sem deslocação da moeda.

Mas, hoje em dia, graças á evolução operada pelo commercio, sobretudo em materia de titulos de credito mercantil, não é mais esta a sua unica funcção. Ha uma outra, que consiste em servir de instrumento de pagamento ou de credito, implicando um transporte de dinheiro, sinão no espaço, ao menos no tempo, um transporte de dinheiro actual por dinheiro futuro.

Exemplifiquemos. Um commerciante compra uma partida de mercadorias; o natural é pagar á vista, mas, para facilidade das transacções, o vendedor concede um prazo para pagamento da divida: até aqui ha uma simples venda a prazo. Este modo de negociar, sem duvida, favorece ao comprador, mas prejudica, de alguma maneira, ao vendedor, que fica privado, durante aquelle prazo, da sua mercadoria e do seu capital. A letra de cambio, então, é uma combinação feliz que, mantendo a vantagem do comprador, proporciona ao vendedor os meios de acção exactamente como si elle houvesse vendido á vista, porque, descontando a letra, realiza o seu capital.

De modo que, a letra de cambio transporta o dinheiro presente para tempo futuro, representa o dinheiro futuro por dinheiro presente.

O comprador, acceitando a letra de cambio, opera desde logo o pagamento da divida. Dá-se uma novação da obrigação; o comprador não deve mais a mercadoria, passa a dever a letra, com a qual pagou a mercadoria. O vendedor, por sua vez, negocia a letra por meio de endosso, recebe o seu valor e transforma, assim, em dinheiro presente o dinheiro futuro: um verdadeiro transporte de dinheiro no tempo.

Não parou ahi a evolução juridica e commercial da letra de cambio. A reforma feita pela Lei allemã de 25 de Novembro de 1848, modificada pelas Novellas de Nuremberg, serviu de modelo ás leis posteriores e principalmente á Lei ingleza de 18 de Agosto de 1882, que compendiou todas as disposições esparsas.

Seguiram a reforma as Leis austríaca e italiana de 1883, a belga de 20 de Maio de 1882, o Codigo portuguez de 1888, etc. O Direito francez, porém, se conservou refractario e, embora a doutrina caminhe no sentido da reforma, a legislação continúa estacionaria.

Pela Lei allemã, a letra de cambio assumiu a feição de um puro e simples titulo de credito, de character essencialmente formal e inteiramente independente do contracto de cambio. Tal funcção da letra de cambio era incompatível com a nossa legislação, anterior á Lei n.º 2044 de 81 de Dezembro de 1908, segundo a qual não podia existir letra de cambio sem contracto de cambio: era esse o atrasado caracteristico da letra de cambio em nosso Codigo, em boa hora revogado, nessa parte, pela Lei citada.

E' verdade que o Codigo Commercial, no art. 425, dizia serem as letras da terra em tudo iguaes ás de cambio, com a unica differença de serem passadas e acceitas na mesma Provincia. A letra da terra podia servir de instrumento ao mutuo disfarçado, como tivemos occasião de mostrar, no ponto anterior, ao fallar da causa certa da obrigação. Mas, desde que o Codigo a igualava em tudo á letra de cambio, a letra da terra não se prestava á funcção de simples titulo de credito, porque suppunha

sempre um transporte de dinheiro. Entretanto, a jurisprudencia se mostrara favoravel á nova funeção, reconhecendo na letra da terra um simples titulo de credito.

Embora os escriptores que justificam a novação operada pela Lei allemã, adoptada agora em nosso Direito, procurem enxergar, mesmo nesse caso, um contracto de cambio, nelle não ha mais do que um contracto de troca de moeda no tempo, o qual consiste em mudar a moeda presente pela futura. Desde que a letra de cambio figura apenas como um instrumento de credito, é claro que não se deu propriamente um contracto cambial, mas a troca do dinheiro presente pelo dinheiro futuro.

A verdadeira letra de cambio, na realidade, não dispensa o contracto cambial. Diversamente, porem, pode haver contracto de cambio sem emissão de letra de cambio.

O contracto de cambio é differente da letra de cambio: aquelle pode ter lugar sem esta, ai as duas partes se accordam simplesmente sobre uma troca de moeda. E' o cambio manual, em que a troca da moeda se realiza na mesma praça e de uma especie por outra.

Nesse caso, a taxa de cambio varia conforme o valor especifico das duas moedas que se trocam, conforme a apreciação que a concurrencia commercial determina e, sobretudo, conforme a procura e a offerta. Apezar do valor intrínseco da moeda, si ella fôr superabundante, fatalmente se desvaloriza em relação á outra moeda; si, pelo contrario, a escassez fôr grande, ella se valorizará.

São esses contractos de cambio manual, que determinam a agiotagem ou o jogo sobre a taxa cambial, que ora a eleva, ora a deprime. Os especuladores limitam-se a fazer jogo, sem emissão de letra de cambio.

Quando ha realmente o transporte da moeda, substituido pela letra de cambio, temos o contracto de cambio traslaticio. A'quelles factores que indicámos como determinando as variações da taxa cambial, temos de accrescentar um outro: a vantagem ou commodidade que ha, na substituição da remessa em especie, pela letra de cambio. Os incommodos, despesas e riscos que oneram o transporte material das especies, representam um factor que tambem influe na taxa cambial, tratando-se de cambio traslaticio.

A letra de cambio, apparecendo para supprir esta necessidade de transportar as moedas de um lugar para outro, surgiu como um instrumento de contracto de cambio traslaticio.

64. — Eis um modelo de letra de cambio segundo a nova legislação:

Aceito
Rio de Janeiro, 30 de Agosto de 1909
Manuel Silva

RS.⁶ 1:000\$000

Rio de Janeiro, 14 de Agosto de 1909¹

A² 90 dias de vista pagará Vm.^{ce} por esta Primeira³
via de Letra de cambio, 4 a 5 Antonio & C. a quantia¹¹ de 6
Um conto de réis em moeda 7 brasileira.

⁸ Francisco Braz & C.

Ao⁹ Sr. Manuel Silva

¹⁰ Rio de Janeiro

(1) Data do saque. (2) Vencimento. (3) Indicação da existencia de duplicata ou não. (4) Clausula cambial. (5) Nome do portador. (6) Somma a pagar. (7) Designação da especie de moeda. (8) Assignatura do sacador (9) Nome do sacado. (10) Lugar do pagamento. (11) Sello devido.

Ha, nesta letra, a apparencia de uma carta de ordem, em que Francisco Braz & C, do Rio de Janeiro, mandam a Manuel Silva, da mesma praça, que pague 1:000\$ a Antonio & C.

Francisco Braz & C. são os sacadores, Manuel Silva o sacado, Antonio & C. o portador; são tres entidades diversas.

Pode, ás vezes, existir uma quarta entidade, que é chronologicamente a primeira, isto é, o tomador, quando o saque é feito pelo sacador, por incumbencia de outrem.

Não comprehendemos, porém, como se possa dar a emissão da letra de cambio, sem a interferencia de uma terceira pessoa que não seja nem o sacador nem o sacado, isto é, sem o portador, quando o lugar do pagamento é diverso do lugar do saque. E' verdade que, ás vezes, se diz na letra — a mim ou a nós —, mas a natureza das cousas está indicando que, para se dar effectivamente a figura da letra de cambio, nesse caso, é necessaria uma outra formalidade que permitta a realização do pagamento: o endosso.

E' indispensavel a existencia e intervenção de uma terceira pessoa, tanto assim que, quando ella não apparece no corpo da letra, apparece no endosso: o sacador — portador (que sacou á sua propria ordem) transfere a um terceiro o direito de cobrar a letra, dizendo — Pague-se á ordem de... — Em caso nenhum, pode deixar de haver tal intervenção, na letra ou fóra della, por meio de procuração que desnatura o titulo.

Podem apparecer na vida da letra de cambio ainda outras entidades: os endossantes e o dador de aval ou fiador. Os endossantes vão transferindo a propriedade da letra successivamente, quer antes, quer depois do acceite, e vão tambem se responsabilizando solidariamente. O dador de aval ou fiador da letra, é um terceiro que intervém para dar maior valor á responsabilidade de algum dos obrigados na letra e que, em

geral, assigna o seu nome debaixo do daquelle, dentre elles, de quem fôr fiador; torna-se assim solidariamente responsavel. Nem se exime dessa responsabilidade solidaria, pelo facto de ter havido posterior transferencia da letra.

A's vezes o nome do dador de aval fica no verso da letra e dahi resulta a confusão entre o dador de aval e o endossante. A distincção, porém, se estabelece da seguinte fórma: o endossante da letra é um portador que a transfere a outra pessoa, enquanto que o dador de aval não é dono nem portador da letra, é simplesmente um corresponsavel solidario. E, pela circumstancia de não ser elle portador, se conhece que é dador de aval.

No regimen do Codigo o endosso, para ser valido, precisava trazer a data e a assignatura do endossante, enquanto que a responsabilidade do dador de aval se accentuava exclusivamente pela assignatura, sem data. Hoje, tanto o endosso, como o aval se caracterizam pela simples assignatura.

O complemento da letra realiza-se no lugar para onde ella é dirigida. O sacado, lançando o acceite na letra, passa a ser *acceitante* e fica obrigado ao seu pagamento, ao qual não estava, anteriormente.

Antes do acceite, todo o valor da letra repousava na responsabilidade do sacador e dos endossantes, si os tivesse havido; caso o sacado não acceitasse a letra, o sacador e todos os que a houvessem recebido e transferido a outrem a sua propriedade, responderiam solidariamente por ella, salvo ao sacador acção de perdas e danos contra o sacado que, devendo acceitar a letra, não a acceitou. Mas esta acção seria de Direito Commercial commum e não de direito cambial, como o é para todos que puzeram seu nome na letra.

O sacado, acceitando a letra, não pode recusar-se ao seu pagamento, no dia do vencimento. E o portador desde que haja o acceite

do sacado, accresce ás garantias anteriores a da responsabilidade do acceitante.

Chegado o vencimento, si a letra não fôr paga, considera-se um titulo deshonorado. O portador, então, tem acção cambial não só contra o acceitante, mas contra todos os endossantes e corresponsaveis solidarios anteriores e contra o proprio sacador. Os endossantes successivos tambem têm acção regressiva contra os anteriores, até o sacador; e este, por sua vez, tem-n'a contra o acceitante.

65. — A letra de cambio, pela simples intervenção das pessoas necessarias para formal-a, opéra, assim, os seus effeitos de instrumento de transporte de dinheiro e de instrumento de pagamento, Mas, para que ella possa effectivamente circular, precisa do endosso, que é o meio de fazer a transferencia da sua propriedade, sem as solemnidades que exigem os títulos de credito civis e mesmo outras especies de creditos mercantis.

O endosso simplifica extraordinariamente a formalidade da transferencia, porque consiste apenas no lançamento, no verso da letra, da simples assignatura do proprio punho do endossador.

O endosso facilita sobremaneira a circulação da letra de cambio, que pode passar por diversas mãos antes de acceita e, depois de acceita, até o seu vencimento.

Antes de acceita, a letra tem o valor da assignatura do sacador e dos diversos endossadores successivos, porque, sendo ella passada á ordem de alguém, embora esse alguém possa ser o proprio sacador, ainda assim é sempre o portador, o primeiro proprietario della e o primeiro que pode transferil-a. A' medida que fôr sendo transferida, a sua garantia vai aumentando.

Depois de aceita, á responsabilidade do sacador e dos endossantes accresce a do sacado, que ainda pode ser acompanhada pela do dador de aval.

A letra circula sempre e o officio economico, que ella preenche, é notavel.

Para que, porém, a letra de cambio possa desempenhar cabalmente esse officio, é mister que a responsabilidade de todos que a crearam ou transferiram, seja effectiva e real e não possa ser illidida por quaesquer excepções ou vícios que não constem da letra.

Todas as questões que se referirem ao contracto de cambio, que deu nascimento á letra, todas as questões que fôrem extranbas á letra, não podem ser oppostas em via de excepção. Si fosse licito oppôr contra o portador da letra uma excepção não pessoal a elle, mas relativa aos portadores anteriores, a letra tornar-se-ia inhabil para preencher a sua funcção de instrumento de circulação.

Assim, a letra é um documento formal e que por si só faz prova provada, com tanta força quanto a escriptura publica, a que é equiparada. Si esta pode, porém, dar nascimento a questões de nullidade, mesmo quando a obrigação de que ella reza, é transferida, tal cousa, em relação á letra de cambio, é inadmissível.

Não quer isto dizer que a obrigação cambial não possa ser illidida por qualquer motivo de direito; pondo de parte as excepções que se baseiam na apparencia formal da letra, ha questões que podem surgir sobre a validade da transacção e, portanto, do documento; estas só se podem dar, excluida a boa fé do portador, e têm lugar sómente contra os culpados directos.

66. — O endosso segundo o Codice, podia ser: pleno, incompleto ou menos pleno, e em branco. Si se queria transferir a

propriedade da letra com todos os seus direitos, o endosso era pleno ou em branco; si se queria autorizar apenas a sua cobrança, sem transferencia da propriedade, o endosso era incompleto.

O endosso pleno devia declarar o nome do endossatario, declarar si era *valor recebido* ou *em conta*, e ser datado e assignado.

O incompleto era passado á *ordem* simplesmente, afim de autorizar a cobrança.

O endosso em branco tinha o mesmo effeito que o pleno, e se constituía apenas pela data e assignatura do endossante. A pessoa que estava de posse da letra, podia assim gyral-a de mão em mão como um titulo ao portador, de modo a facilitar enormemente a sua circulação.

Notaremos que o endosso em branco, no Direito francez, dá apenas poderes de mandatario, no que diverge o nosso Direito.

A lei n. 2:044, de 1908 mantem e consagra sómente o endosso em branco, caracterizado pela simples assignatura do endossante, dispensada a menção da data. Mas sendo licito completar esse endosso diremos que o endosso pleno deve declarar si é *valor recebido* ou *em conta*. Quando se declara — *valor recebido* —, quer dizer que o endossatario pagou a importancia da letra ao endossante; quando se declara — *valor em conta* —, quer dizer que, em vez do endossatario pagar a importancia da letra em dinheiro, credita-lh'a em conta corrente, sendo um dos effeitos do contracto de conta corrente justamente este, de transferir a propriedade dos valores levados á conta.

Quanto á transferencia da propriedade da letra e quanto á faculdade que tem o portador de endossal-a por sua vez, a expressão — *valor recebido* — corresponde perfeitamente á outra — *valor em conta* —. Muitas vezes se declara — *valor recebido* — embora o seja — *em conta* —,

porque, na pratica, uma coisa importa outra; quando se diz— *valor em conta* —, é para evitar confusão mais tarde.

67. — Alludimos já a um effeito muito importante da letra de cambio: o de produzir novação nos contractos. A letra de cambio, com effeito, importa a extincção da obrigação que lhe deu causa e equivale a verdadeiro pagamento.

Si um individuo, devedor de uma conta, acceita uma letra, deixa de dever aquella conta, que foi paga pela novação operada com a emissão da letra.

E' esta uma verdade indiscutível e autorizada pela jurisprudencia, mas ha quem a conteste, embora as duvidas não procedam. Si um dos uns da letra é servir de instrumento de circulação, si a sua propriedade se transfere por simples' endosso, a admittirmos que a letra não extingue a primitiva divida, teriamos como consequencia que o acceitante da letra continuaria obrigado por essa divida e mais, ficaria obrigado pela letra; isto é, constituir-se-ia devedor duas vezes. Supponhamos que elle, não pagando a letra, esta vem novamente, em via regressiva, ás mãos do sacador; por qual dos títulos o sacador pode accionar o devedor? pela conta primitiva ou pela letra? E' claro que só pode accional-o pela letra, porque si a primitiva divida subsistisse, o devedor não estaria obrigado pela letra, visto como ficaria então a dever duas vezes a mesma importancia.

E si a letra estivesse em poder de terceiro? Desde que não fosse paga, o portador della teria acção cambial contra o acceitante; mas o sacador, em hypothese alguma, teria acção contra elle pela primitiva divida; do contrario o devedor viria a pagar duas vezes.

Do absurdo que dahi resulta, se conclue que a letra traz a extincção completa da primitiva obrigação e opera uma novação.

68. — Chegado o dia do vencimento da letra, o acceitante é obrigado a pagar-a. Não o fazendo, o portador tem direito regressivo contra os endossantes até o sacador, respondendo todos solidariamente, e salvo a cada um o mesmo direito contra os endossantes anteriores.

Houve, porém, a deshonra da letra. Este facto, si deixa subsistir o titulo de credito, altera-lhe as funcções, porque já não permite que a letra se apresente como um instrumento de circulação, para a qual ficou inhabil. Qualquer transferencia que della se faça, opéra-se como uma simples cessão civil, sem a menor responsabilidade solidaria; o cedente garante apenas a veracidade da obrigação e, portanto, a não se allegar a sua inverdade, elle não tem outra responsabilidade.

Uma letra deshonrada pode ainda ser endossada? A nossa jurisprudencia acceita que a letra vencida e não paga pode ser endossada, e nisto não sahe fóra da jurisprudencia universal. O art. 364 do Codigo Commercial, empregando a expressão — tem o simples effeito de cessão civil — (reproduzida no art. 8.º § 3.º da Lei n. 2044) quer dizer que a transferencia da letra não obriga mais solidariamente os endossadores successivos, sinão pela veracidade da obrigação. Logo reconhece que a letra vencida pode ser endossada.

69. — A lei exige uma formalidade indispensavel para authenticar a apresentação e a falta de pagamento da letra, no dia do vencimento: o protesto. E' esse o duplo fim do protesto que, segundo a Lei n. 2044, deve ser feito no primeiro dia util que seguir ao da recusa do acceite ou ao do vencimento (art. 28).

Deixando de fazer o protesto, o portador perde immediatamente o direito regressivo contra o sacador e endossadores anteriores, conservando-o apenas contra o acceitante.

Por meio do protesto, os endossantes e demais corresponsaveis vêm a ter conhecimento de que a letra não foi paga e se

preparam para fazer efectiva a responsabilidade solidaria que nella têm; de modo que, si no dia seguinte ao do vencimento ou pela primeira via opportuna, não lhes chega a noticia de que a letra não foi paga, devem consideral-a satisfeita e, portanto, eximidos daquella responsabilidade.

O acceitante não precisa ter conhecimento do protesto; este só é necessario para aquelles que, estando vinculados na letra, não sabem si ella foi ou não paga.

70. — Confrontemos agora as disposições da Lei n. 2044 de 31 de Dezembro de 1908, com os caracteristicos da letra de cambio, que acabámos de apontar.

Vemos, desde logo, que na letra de cambio, forçosamente hão de intervir duas pessoas, sacador e sacado, que passa a ser acceitante, e mais uma terceira pessoa, o portador, a quem ella deve ser paga quando não seja o proprio sacador.

Toda a cambial entende-se hoje emittida á ordem, não havendo, pois, necessidade de mencionar essa clausula, que é que a habilita a preencher a sua função de meio circulante. Pelo Codigo, não; tem tal clausula, a letra de cambio não podia ser transferida por endosso, devendo ser paga ao individuo cujo nome trazia.

O Codigo Commercial permittia tambem a clausula ao portador, na letra de cambio; depois foi ella prohibida pela Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, confirmada pelo Decreto n. 177 A de 15 de Setembro de 1893; hoje, em virtude do art. 1.º n. IV da Lei n. 2044, a letra de cambio pode ser outra vez ao portador.

Quando o portador da letra é o proprio sacador, porque hoje a letra de cambio pode ser emittida para ser paga na mesma praça tratando-se de praças diversas, será preciso a intervenção de um terceiro, ou em virtude de endosso, ou por um acto estranho á propria letra, qual

uma procuração. Isto pela propria natureza da cambial, quando instrumento de um contracto traslaticio.

A somma que deve ser paga, precisa estar claramente fixada. Si a cambial fosse illiquida, o seu officio se desnaturaria, já não se prestaria a substituir a moeda. E' por isso que não é permittido calcular juros na letra; si se tivesse de proceder á contagem dos juros, a cambial tornar-se-ia illiquida, quando, para ter o character de moeda, o seu valor deve ser fixo.

A declaração do valor recebido justificava a cambial como instrumento do contracto de cambio : si não houvesse um valor recebido para transportar, por meio da letra, não haveria a propria, letra, no regimen do Codigo. Pela nova lei, a letra de cambio é um titulo autonomo e formal, independente da sua causa obrigacional, que não precisa vir mencionada.

O valor recebido podia ser tanto em dinheiro, como em mercadorias, em conta ou em credito; o que era indispensavel é que se declarasse *valor recebido*.

A falta desta declaração acarretava a inexistencia da letra de cambio, porque tirava-lhe o seu unico fundamento — transporte de valores —. Entretanto, cousa singular, o endosso em branco tornava inteiramente dispensavel a declaração de valor recebido.

A letra de cambio deve conter a data e o lugar onde foi sacada e a epoca e o lugar do pagamento; aquelles para authenticar a sua origem, estes para determinar o prazo de vida que tem a cambial, embora nenhum destes requisitos seja essencial, sob pena de nullidade.

Si a cambial não tivesse um prazo fatal de duração, nunca se poderia contar com o seu reembolso. O prazo fixo corrobora a fixidez da quantia.

Os prazos usados são os seguintes: á vista, a dia certo, a tempo certo da data, a tempo certo da vista. — A' vista — entende-se no acto da apresentação da letra; mas poucas vezes se emprega e sómente tratando-se de pequenas quantias, dando-se-lhe então o nome de *cheque*.

Em geral, as letras são a tempo certo da vista ou da data. Os dias de vista começam-se a contar do dia immediato ao do acceite da letra. Os dias de data se contam a partir do dia immediato ao da data que a letra traz, seguindo-se a regra *dies a quo non computatur in termino*, (art. 17).

O costume de sacar as letras em mais de uma via, origina-se da circumstancia de poder-se perder ou extraviar a letra, causando prejuizos. Desse receio e tambem com o intuito de facilitar a negociação da cambial antes do acceite, provém o habito de o tomador exigir do sacador as letras em mais de uma via (art. 16), geralmente tres, numeradas respectivamente — Primeira, Segunda, Terceira Via. O tomador expede a primeira via para o acceite e, pouco depois, remette a segunda, conservando em seu poder a terceira.

O sacado deve ter cautela, ao receber essas vias, afim de não consideral-as como letras diversas. Deve pôr o acceite numa só e só é obrigado a pagar aquella em que estiver o acceite. Si por engano, o sacado acceitar duas ou tres vias, tem de pagal-as todas. (art. 16 § 2.º).

A grande innovação da Lei n. 2044 foi exigir como requisitos essenciaes a denominação "letra de cambio" na cambial, a menção da somma a pagar, o nome da pessoa que deve pagal-a, o nome da pessoa a quem deve ser paga e a assignatura do sacador. Assim a letra torna-se um titulo formal, com estes requisitos substanciaes. De sorte que a omissão de qualquer delles faz perder á letra o character de cambial, transformando-a numa simples obrigação.

71. — Estudada assim a letra de cambio como instrumento de circulação e de transporte da moeda no espaço e no tempo, vejamos succintamente o que eram, no regimen do Codigo, a letra da terra, notas promissorias e creditos mercantis, como instrumentos de credito a curto prazo, titulos de credito passados para satisfazer necessidades commerciaes de momento.

Ordinariamente, devido á função economica desses titulos, elles eram a curto espaço (30 a 120 dias em geral, embora excepcionalmente tivessem maior prazo) porque, ou representavam o pagamento de mercadorias vendidas a prazo, ou um titulo de divida que não podia ser espaçada.

A letra da terra, propriamente dita, tinha esse character, não implicando transporte de moeda. Mas não foi dessa especie de letra, que cogitou o Codigo e sim da letra sacada na mesma Provincia ou Estado, de uma praça para outra, como por exemplo, de Santos para S. Paulo. Si assim não fôra, o Codigo não teria igualado as letras da terra ás de cambio em tudo, menos no serem passadas e acceitas na mesma Província (art. 425).

O Codigo, portanto, suppunha para a letra da terra, o transporte de dinheiro, com a unica differença de se fazer na mesma Provincia.

A praxe e a jurisprudencia, porém, entenderam ser letra da terra todo titulo de credito que tivesse a fórma de uma letra, revestisse os seus caracteres e preenchesse os seus requisitos externos. E isso implicava a responsabilidade solidaria dos endossantes com o sacador e a sujeição á jurisdicção commercial.

Em nossa opinião, tal modo de ver constituía uma corruptela da jurisprudencia, que procurava corrigir o carrancismo do Codigo, embora sacrificando o seu espirito.

Mas, em theoria, a verdadeira letra da terra não era mais do que uma nota promissoria ou escripto particular, também chamado *pagarei*, do qual se distinguia por trazer aquella, uma ordem de pagamento e os outros se revestirem da fôrma de uma promessa. Era uma questão simplesmente de fôrma, porque todos se baseiavam num mesmo contracto de credito a curto prazo.

Nem havia entre elles differença sensível, desde que as notas promissorias e os escriptos particulares ou creditos deviam conter (art. 426) a promessa ou obrigação de pagar quantia certa, com prazo fixo, a alguém ou á sua ordem, (a clausula ao portador fôra prohibida pela Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, reeditada pelo Decreto n. 177 A de 15 de Setembro de 1893, art. 3.º), porque esses todos eram também requisitos capitaes da letra da terra, *ex-vi* do art. 425. A não ser, portanto, na fôrma e na exigencia de serem as notas promissorias e creditos mercantis assignados por commerciante (art. 426), nada distinguia a letra de cambio, a letra da terra, a nota promissoria e o credito mercantil, porque estavam todos sujeitos ao rigor das disposições cambiarias.

Considerando isto, é que o legislador procurou reunir todos esses títulos em duas especies: letra de cambio e nota promissoria. A letra de cambio é, em face da nova lei, uma ordem de pagamento; a nota promissoria é uma promessa de pagamento. Aquella é emittida pelo credor contra o devedor; esta é passada pelo devedor em favor do credor.

A não ser na fôrma do titulo e na inversão dos papeis, uma e outra são regidas por disposições analogas, comprehendidas todas na Lei n. 2044 de 1908.

E' também substancial a denominação nota promissoria, que, como a outra letra de cambio, visa caracterizar o titulo.

Damos, a seguir, um modelo da nota promissoria:

Rs. (4) 1.000\$000

A¹ 90 dias de vista pagará por esta nota promissoria 2 a 3
Antonio & C. desta praça a quanti de 4 um conto de réis em moeda
corrente.⁵

Rio de Janeiro, 14 de Agosto⁸ de 1909⁶.

⁷ Manuel Silva

(1) Vencimento. (I) Clausula cambial. (3) Nome do portador. (4) Somma a pagar. (5) Designação da especie de moeda. (6) Data da emissão. (7) Assignatura do emittente, (S) Sello devido.

N. B. Vide, sobre este assumpto, o trabalho A LETRA DE CAMBIO, Commentario á Lei n. 2024, de 31 de Dezembro da 1808, pelo Bacharel Alberto Biolchini.

XIII

Papeis ou efeitos como instrumento de credito a longo prazo. — Titulos nominativos, á ordem e ao portador.

72. — Entramos agora no estudo de uma especie de titulo de credito que, embora mercantil, embora corresponda tambem ás necessidades do commercio, não é predominante ou exclusivamente mercantil, porque se applica a necessidades outras que não as de simples commercio. São títulos de repouso, de emprego de capital, pois que demandam uma certa permanencia e duração, incompatível com a rapidez exigida nas operações mercantis. Não são exclusivamente mercantis, porque podem constituir instrumento de uma operação inteiramente civil e ser passados por pessoas extranhas ao commercio.

Os títulos de credito a longo prazo, como qualquer obrigação, supõem um devedor e um credor, isto é, um emissor e um possuidor.

Quanto ao emissor ou devedor, este pode ser qualquer pessoa que tenha capacidade para obrigar-se, salvo as excepções que veremos.

Quanto ao possuidor ou credor, si o titulo menciona o seu nome apenas, chama-se *nominativo*; si menciona o seu nome, mas com a clausula á ordem, chama-se *á ordem*; si não menciona nome algum, chama-se *ao portador*.

Cada uma destas especies de títulos tem suas peculiaridades. Assim, os títulos nominativos obedecem á tradição romana, pela qual o título de credito deve designar a pessoa em cujo beneficio é passado. Mas isto não significa a immobilização do titulo, porque, para attender ao seu objectivo de instrumento de circulação do credito, adoptou-se praticamente a clausula de poder elle ser transferido por meio de uma declaração, em virtude da qual o pagamento devido ao credor mencionado no titulo, vem a ser effectuado a outra pessoa.

Deste modo, os títulos nominativos só podem ser transferidos por um acto separado do proprio instrumento de credito, ou de um modo geral, por escriptura publica, obedecendo ás regras geraes do Direito Civil, estabelecidas para a cessão, cujos caracteristicos todos são encontrados na transferencia dos títulos nominativos; ou, ainda, por inscripção em livros do emissor.

Os títulos á ordem se transferem mais facilmente, por meio de um simples endosso; e os títulos ao portador se transferem de mão em mão, sem nenhuma formalidade e, portanto, sem deixar vestígios.

Por ahi se vê que os títulos á ordem e ao portador têm, sobre os nominativos, a vantagem de poderem circular com maior facilidade e presteza; mas, por isso mesmo, a natureza da transferencia é diversa nuns e noutros e as relações entre credor e emissor se alteram profundamente, conforme a hypothese.

Pela transferencia dos titulos nominativos, o cessionario passa a representar inteiramente a pessoa do transferente e, portanto, o devedor pode oppôr contra elle todas as excepções que porventura tivesse razão de oppôr contra o proprio transferente.

Na transferencia dos titulos á ordem, pelo contrario, o endossatario já não representa a pessoa do endossante, de modo que, o devedor não pode oppôr contra o primeiro as excepções que pudesse ter contra o segundo. Poderão ser postas em duvida e combatidas, por via de excepção, unicamente, a legitimidade do endossante e a validade do endosso, nada mais.

Na transferencia dos titulos ao portador, fazendo-se a tradição de mão em mão, sem formalidade externa e sem vestígios, embora tenha havido intervenção de terceiros, elles são indifferentes á validade e á exigibilidade do titulo.

O portador tem segurança de que não será incommodado pelo devedor com excepções e defesas que não lhe sejam pessoaes. As questões decorrentes das causas da obrigação, ou quaesquer questões entre o emissor do titulo e o credor precedente, são alheias ao direito do portador.

E' esta a grande vantagem dos titulos ao portador, contra os quaes só podem ser oppostas excepções pessoaes ou evidentes no titulo.

A clausula ao portador facilita extraordinariamente a circulação e dá ao titulo um valor que as formalidades necessarias para a transferencia dos titulos nominativos e á ordem, tiram a estes.

Quando se transfere um titulo á ordem, por via de endosso, o endossante accresce a sua responsabilidade á do emissor, em favor do endossatario; este fica, pois, mais garantido, por esse lado, do que o possuidor do titulo ao portador, que tem apenas a garantia do emissor.

Mas, si o endosso é em branco, os efeitos da transferencia são os mesmos que no titulo ao portador, isto é, a transferencia se opéra de mão em mão, tal qual si o titulo fosse ao portador.

73. — O interesse da questão concentra-se nos títulos ao portador, mesmo porque a clausula á ordem é muito mais usada nos títulos meramente mercantis a curto prazo, letras, notas promissórias e créditos mercantis, do que nos instrumentos de crédito a longo prazo, em que o costume prefere ou a simples designação do nome do credor, ou a ausencia de designação de qualquer nome, a qual constitue esses títulos pagaveis ao portador.

Sem entrar no estudo das theorias sobre o caracter fundamental dos títulos ao portador, de que tão brilhantemente tratam Wahl, Bruschettini e Vivante, diremos que a emissão do titulo ao portador não constitue excepção ao que sustentámos anteriormente, dando o contracto como fundamento racional do Direito e combatendo a inclusão da vontade unilateral entre as fontes das obrigações.

Esta especie de títulos pode se explicar como um contracto existente entre o emissor e o primeiro portador, sendo uma das clausulas desse contracto que o titulo possa girar de mão em mão, e obrigando-se o emissor a pagar-o a quem quer que lh'o apresente.

Com efeito, a clausula ao portador não é sinão o ultimo periodo da evolução da clausula á ordem. Si se faz a transferencia por endosso em branco, é evidente que o titulo assim endossado pode circular por dezenas de mãos, sem deixar o menor vestígio. Ora, exactamente o mesmo acontece nos títulos ao portador; a differença é apenas, si assim se pode dizer, de intensidade de efeitos, isto é, o portador do titulo á ordem tem, como garantia, a responsabilidade do endossante, além da do emissor, ao passo que o do titulo ao portador tem somente como garantia, a responsabilidade do emissor. Mas, quanto aos efeitos da circulação e da transferencia da propriedade, innegavelmente, dá-se o

mesmo phenomeno — a transferencia do credor sem deixar vestigios —, achando-se o ultimo portador com direito de exigir o pagamento, sem que o devedor possa oppôr materia que não esteja evidente no titulo.

Demais, a theoria que dá ao titulo a incorporação da divida, é perfeitamente extensiva aos titulos de credito em geral e, especialmente, aos titulos á ordem. Desde o momento em que o credito assume a fórmula de um titulo, este incorpora a obrigação, que se consubstancia no titulo; desaparece a primitiva divida e fica de pé o titulo, e o devedor só tem obrigação de pagar á vista do titulo, que, uma vez satisfeito, com elle deixa de existir a obrigação; salvo, naturalmente, má fé ou fraude.

Rigorosamente o mesmo se dá com o titulo ao portador, ou melhor, a incorporação da obrigação no titulo é levada ao mais alto gráo no titulo ao portador e de tal modo que este se transforma numa coisa movel. Não ha exaggero. O titulo ao portador pode ser reivindicado, nos termos do Decreto n. 149 B de 20 de Julho de 1893; ora, reivindicar é chamar a si alguma coisa, cuja posse se perdeu. Portanto o titulo ao portador se classifica como uma coisa movel.

Quem se obriga a solver uma divida nas mãos daquelle que lhe apresentar o titulo, pode fazel-o por um titulo á ordem ou ao portador. A differença é apenas, como vimos, de intensidade de effeitos o titulo á ordem exige a intervenção obrigatoria da pessoa cujo nome se menciona e que une a sua responsabilidade á do emissor; os seus effeitos são, portanto, mais intensos, mas não diversos dos do titulo ao portador.

Pela emissão deste, o devedor se obriga a solver a obrigação nas mãos do apresentante do titulo, em virtude da presumpção legal-condicional de que o portador do titulo dessa natureza se considera dono do titulo, enquanto o contrario não ficar provado.

Tal presumpção não é absoluta, mas *juris tan-tum* e admite prova em contrario. Naturalmente a prova é difficil, mas não deixa de

haver casos em que é possível dal-a; e, si o emissor conseguir provar que o individuo apresentante do titulo não é o dono delle, não está obrigado a pagal-o.

Sendo escabrosa e difficil a prova, quando exclusivamente se questiona entre emissor e portador, aquella presumpção legal-condicional ha de prevalecer na maior parte dos casos; a prova, entretanto, pode ser cabal e completa quando se questiona sobre quem seja o portador, isto é, o verdadeiro dono.

O portador do titulo não é obrigado a provar que o titulo lhe foi bem passado, pelo que, alguns escriptores entendem que a clausula ao portador constitue uma clausula habilitante, e que, embora duvide do portador, o emissor é obrigado a pagar-lhe o titulo, por estar elle habilitado a recebê-lo. Mas a questão da legitimidade do portador poderá surgir entre duas pessoas, quando cada qual pretende ser o legitimo dono, como no caso de furto, perda ou entrega a terceiro para outro fim que não o de transferencia.

A este respeito dispõe o citado Decreto n. 149 B de 1893, cujo art. 1.º se refere ao proprietario de titulos ao portador que delles fôr desapossado por motivo extranho á sua vontade e á disposição de lei. Diz respeito, evidentemente, ao furto, perda ou desvio involuntario; é interessante saber si entre elles se poderá incluir o estellionato ou outras fraudes possiveis. Parece-nos que não. Quando um titulo é subtrahido, a subtracção se dá contra ou independente da vontade do dono do objecto; ora, no estellionato não acontece o mesmo, porque a vontade daquelle entra em acção.

Semelhante observação é a base de uma theoria geral; si o titulo ao portador, como os outros, incorpora a obrigação no papel, si quem possui o titulo se considera dono, é preciso, para que este effeito possa ter validade pratica, que se restrinjam as excepções, em virtude das quaes a legitimidade da transferencia possa ser posta em duvida. A se

admittirem outras excepções, além das consideradas, não haveria onde parar e a todo o momento seriam allegadas duvidas e mais duvidas, que viriam perturbar de todo a circulação dos titulos ao portador. Num paiz commercialmente bem policiado, a duvida sobre o titulo ao portador só pode ser excepcional.

74. — A disposição da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, vedando a emissão ao portador de titulos contendo promessa de pagamento em dinheiro, sem autorização legislativa, foi reeditada pelo art, 3.º do Decreto n. 177 A de 15 de Setembro de 1893, sendo que este ultimo procurou ser o mais geral possível, para que cessassem os abusos praticados á sombra das deficiencias das leis anteriores.

Analysando o referido art. 3.º vê-se que escaparam á probibição os titulos publicos, isto é, os emittidos pela União, Estados ou Municipios, e de tal excepção usam largamente essas diversas entidades.

Podem portanto ser emittidos ao portador: as apolices geraes da Divida Publica Nacional, Estadual ou Municipal, as letras do Thesouro Federal, dos Estados e Municipios, e os bilhetes de loterias por elles directamente exploradas ou autorizadas. Ainda, em virtude de autorização geral legislativa, podem ser emittidas ao portador as acções de sociedades anonymas ou em commandita por acções; as letras hypothecarias e de penhor, emittidas pelas sociedades de credito real; os cheques, para os quaes a propria lei abre excepção no art. 3.º § 2.º; e as *debentures* ou obrigações ao portador, de que trata o art. 1.º, autorizadas desde a Lei n. 3150 de 4 de Novembro de 1882 e especialmente reguladas pelo proprio Decreto n. 177 A, do qual consta o que ha de essencial sobre a sua emissão.

Relativamente ás acções de sociedades anonymas ou em commandita por acções, ellas devem ser nominativas até seu integral pagamento, como preceitua o art. 21 do Decreto n. 434 de 4 de Julho de

1891. Só depois disto, poderão ser convertidas em acções transferíveis por endosso ou em acções ao portador.

As letras hypothecarias e de penhor são reguladas pelo Direito Civil, de accordo com os Decretos n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 (art. 13 e seus §§) e n. 370 de 2 de Maio do mesmo anno (art. 310 e seguintes).

Os cheques, por sua propria natureza, como adiante veremos, são ao portador.

75. — Estudemos as *debentures*, A expressão *debenture* é ingleza; os francezes chamam-n'a *obligation*, donde *obrigação* em portuguez.

O art. 1.º do Decreto n. 177 A refere-se exclusivamente ás sociedades anonymas, permittindo-lhes a emissão de *debentures*. Poderão as sociedades em commandita por acções, que são mixtas, usar deste recurso de credito? O Decreto n. 434 de 1891, no art. 41, permittia ás sociedades anonymas emittirem titulos ao portador, mas como são extensivas ás commanditas por acções, as disposições que regem as sociedades anonymas, entendia-se que era licita áquellas a emissão de titulos ao portador. Demais, o Decreto n. 164 de 17 de Janeiro de 1890, no art. 41, declarava applicaveis ás commanditas por acções, as disposições do art. 32 e seus §§, que permittem ás sociedades anonymas a emissão de *debentures*. E o Decreto n. 917 de 24 de Outubro de 1890 referia-se tambem ás *debentures* emittidas pelas sociedades em commandita por acções, no art. 2.º letra b).

Mas, apparecendo posteriormente a todos estes, o Decreto n. 177 A de 1893, e como não fizesse menção das sociedades em commandita por acções, ao fallar na emissão de *debentures*, pretendeu-se que havia sido reformada a antiga legislação.

Em nossa obra *Titulos ao portador*, sustentámos que nada tinha sido reformado; achavamos que a commandita por acções estava nas mesmas condições que a sociedade anonyma quanto á fiscalização e publicidade e, portanto, era-lhe sempre licito emittir obrigações ao portador.

Veiu depois a Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, que no art. 2.º letra b, contém as mesmas disposições do Decreto n. 917 de 1890. Si havia duvidas na legislação anterior, parece que esta Lei veio dissipal-as.

Entretanto, a disposição da Lei n. 859 tem sido interpretada em sentido diverso, isto é, pretende-se que ella quiz 'apenas reconhecer os titulos anteriormente emittidos, o que não importaria pôr novamente em vigor a legislação anterior, revogada segundo se imagina.

Continuamos a pensar do mesmo modo, parecendo-nos que as commanditas por acções podem emittir *debentures*, porque a ellas se applicam os princípios das sociedades anonymas, de que têm alguma parte.

Vejamos quaes os caracteres juridicos das obrigações ao portador. A questão preliminar versa sobre a natureza juridica do credito que a *debenture* representa. Em geral, seguindo a idéa allemã, de que a *debenture* é uma hypotheca em fatias, entende-se que, por sua natureza, ella é um credito hypothecario.

Em nossa opinião, como já mostrámos, a *debenture* é, em si, um titulo de natureza chirographaria e não hypothecaria; e fundamo-nos na propria disposição legal (art. 1.º § 2.º do Decreto n. 177 A) que permite abonar os empréstimos controlados em *debenture*", com hypothecas, anticbreses e penhores. Ora, si a lei faculta assim fazer, é porque a *debenture* não é, em si mesma, obrigação hypothecaria; si o fosse, não teria cabimento a faculdade concedida pela lei.

Outra questão é relativa á preferencia que a *debenture* tem sobre os demais creditos. Embora chirographario, o credito da *debenture* o é *in genere*, porque prefere aos creditos chirographarios em geral, em virtude da fiança que ella tem sobre todo o activo e bens da sociedade, de accordo com o art. 1.º § 1.º do Decreto n. 177 A. O facto de ter por fiança todo o activo e bens da sociedade não tira á *debenture* o character de credito chirographario, mas distingue-a como um credito dessa natureza *in genere*.

Até onde vai essa preferencia? Ha quem pense que as *debentures* preferem a toda especie de creditos, mas assim não é, devendo-se desde logo exceptuar os creditos de hypothecas, antichreses e penhores anterior e regularmente inscriptos, como diz o n.º II do § 1.º, art. I.º

Sendo a *debenture* um titulo de credito chirographario, só pode ser opposta aos creditos hypothecarios, quando fôr abonada com hypotheca, antichrese e penhor. Não ha admittir outra maneira de interpretar a nossa lei, que é de uma clareza meridiana.

Pondo de parte a expressão — fóra do commercio — que é incorrecta, o que o legislador quiz dizer no § 2.º do art. 1.º, é que os bens das sociedades anonymas que emittirem *debentures*, só ficam presos a estas, no caso de serem ellas emittidas com hypotheca, antichrese ou penhor. Não existindo tal hypotheca, antichrese ou penhor, a *debenture* não pode impedir a alienação dos bens sociaes e, portanto, não pode impedir um principio de alienação, qual a hypotheca.

A opinião contraria levar-nos-ia a privar certas sociedades anonymas do uso do direito de emittir *debentures*; si a emissão das *debentures* puzesse desde logo fóra do commercio os bens da sociedade, certas companhias, como as ha na Europa, que exploram casas de commercio a retalho, ficariam, pela simples emissão de *debentures*, impossibilitadas de dispôr dos seus bens e, portanto, de continuar o

negocio. De modo que a emissão de *debentures*, feita para augmentar a vitalidade da companhia, seria o seu decreto de morte.

E' claro, pois, que a inalienabilidade dos bens da companhia só pode resultar de uma applicação especial do direito de garantia, isto é, de uma especial *hypotheca*, *antichrese* ou *penhor*, sem o que, os bens continuam livres e em pleno commercio.

A garantia da emissão das *debentures* não fica diminuida por esse facto, porque a sabida do genero importa entrada dos capitães correspondentes. Ora, si a companhia alienou uma parte dos seus bens e recebeu valor correspondente, a fiança continua a mesma, não ha diminuição da garantia, portanto.

O que está na lei é que os bens da companhia só ficam fóra do commercio, quando a emissão de *debentures* fôr acompanhada de *hypotheca*, *penhor* ou *antichrese*; fóra disso, podem ser alienados, *hypothecados*, *penhorados* e o privilegio do debenturista só prevalecerá contra tal *hypotheca*, si ella não tiver sido regularmente inscripta.

A terceira questão é saber si a preferencia das obrigações ao portador attinge os credores reivindicantes ou de dominio. O art. 1.º § 1.º n. I do Decreto n. 177 A, diz que os obrigacionistas serão pagos antes de quaesquer outros credores. Nesta expressão — quaesquer outros credores — estarão comprehendidos os reivindicantes?

Entendemos que não, em virtude dos princípios geraes de Direito e pela propria letra da lei. A garantia ou fiança que a lei dá ás *debentures* é, (diz o art. 1.º § 1.º), todo o activo e bens da companhia. A *debenture* é, pois, afiançada por todo o activo e bens da companhia, aliás de accordo com o principio geral em materia de credito, de que os bens do devedor são a garantia tacita e effectiva do credor, pelo que só é fortuna o que nos pertence com deducção do que devemos a outrem — *bona non intelliguntur nisi deducto oere alieno*.

Por outro lado, é também principio geral que a propriedade de dominio não se aliena contra a vontade de ninguém: a lei, ás vezes, presume que haja essa vontade, mas, real ou presumida, ella deve sempre existir.

Conciliando os dous principios, facil é concluir que, si os bens do devedor são a garantia do credor, para que os bens de uma pessoa possam afiançar dividas de outrem, é indispensavel um contracto escripto com esta clausula expressa.

Ora, si as *debentures* são garantidas pelo activo e bens da companhia, é claro que os bens de terceiros, existentes em mãos da companhia não podem garantir as dividas da mesma companhia e, consequentemente, os credores reivindicantes preferem aos possuidores de debentures.

A lei não empregou as palavras — activo e bens — pleonasticamente; activo é aquillo que se deve á sociedade, o conjuncto do que ella tem a receber; bens são os que ella possui. Ora, os bens de terceiros existentes, por qualquer motivo, em poder da sociedade, não constituem activo, evidentemente, antes, pelo contrario, são passivo, porque a sociedade deve esses bens, que não lhe pertencem. Ao mesmo tempo, sendo de terceiros, esses bens não são os da companhia, de que cogita o § 1º do art. 1º.

Portanto o que terceiros, isto é, credores reivindicantes, tiverem em poder da companhia, escapa ao activo e bens desta.

76. — A disposição do art. 3.º do Decreto n. 177 A de 1893, é restricta aos titulos com promessa de pagamento em dinheiro, e isto desde logo exclue um grande numero de titulos que continuam a gozar desse privilegio, como todos os titulos de mercadorias, *warrants*, bilhetes de theatro, passagens de bonds e trens, etc, ou todos aquelles que contém uma promessa de serviço ou de entrega de mercadorias. Demais,

constituindo disposição penal, este artigo não pode ser interpretado extensivamente, por analogia, embora a violação delle não importe propriamente um crime, mas uma contravenção apenas, pois trata-se de uma medida decretada por motivo de segurança e garantia publica.

Essa infracção não é, em si mesma, um delicto, tanto assim que alguns paizes não lhe oppõem embaraços, permittindo a mais ampla emissão de titulos ao portador, a qual não é, por si só, fraudulenta, como o prova o facto de a nossa lei admittil-a em muitos casos.

77. — Em regra, a emissão de *debentures* não pode exceder o capital estipulado nos estatutos da companhia, segundo o art. 1.º § 3.º Por capital estipulado entende-se o capital nominal e não o capital realizado, de modo que a companhia pode emittir *debentures* até á somma do capital nominal, isto por não convir que o capital obrigações seja superior ao capital acções.

78. — O art. 5.º tem levantado grandes questões no fôro; a sua disposição contraria toda a legislação anterior, em materia de liquidação de sociedade.

O principio que regula as preferencias é que os credores hypothecarios e pignoratícios não são sujeitos aos effeitos da concordata feita entre o devedor e os demais credores. Mas, ao tempo em que se fez a Lei n. 177 A, algumas sociedades haviam abusado da emissão de titulos ao portador, e isso as collocava em situação precaria, impossibilitadas de fazerem uma liquidação razoavel. Sendo estes titulos preferenciaes, os seus possuidores tinham o direito de ser pagos antes de qualquer outro credor, e bastava que um só fizesse valer o seu privilegio, para impedir o accordo da sociedade com os seus credores.

O Sr. Amaro Cavalcante introduziu então o artigo 5.º no projecto do Sr. Ruy Barbosa, permittindo aos obrigacionistas fazer um accordo que é contrario aos princípios geraes acceitos em materia de

liquidação, estabelecendo uma excepção ao regimen das sociedades anonyms.

Entretanto, affectando, essa disposição os contractos de emissão de *debentures* com *hypotheca*, anteriormente celebrados, não pode ser applicada sinão ás sociedades constituídas posteriormente á data do Decreto, ou que fizeram posteriormente a mesma emissão.

A sua applicação aos empréstimos anteriormente realizados violaria o preceito constitucional que veda prescrever leis retroactivas, e que o art. 7.º do Decreto n. 177 Avisou respeitar; a preferencia da *debenture* é uma clausula contractual, da essencia do contracto de emissão, que implicitamente assegura a garantia preferencial do titulo. Sendo assim, a disposição do art. 5.º entendida como regendo os contractos anteriormente feitos, viola a essencia desses contractos e não é, como pretende o Sr. Amaro Cavalcante, uma disposição processual, de direito adjectivo, relativa apenas á ordem preferencial dos credores.

Entendemos que é uma disposição de direito substantivo, que affecta a essencia do contracto e, como tal, não pode ser applicada com effeito retroactivo.

Além disto, o art. 5.º contém uma expressão que deve ser entendida restrictamente: fallando em — resgate das obrigações emittidas — a lei quer se referir ao pagamento dellas, unicamente ao pagamento. A's vezes substitue-se uma obrigação por outra, troca-se um titulo por outro: é commum os obrigacionistas passarem a ser accionistas e o capital *debentures* transformar-se em capital acções. Neste caso, é evidente que a minoria dos obrigacionistas não está sujeita á maioria, não fica obrigada a submeter-se ao que esta resolver.

Resgate de *debentures* é pagamento; o contracto de sociedade é eminentemente consensual, logo a maioria não pode forçar a minoria a associar-se, não pode constrangil-a a ser membro da sociedade.

Outra interpretação seria contraria ao Direito escripto, porque a lei exige a assignatura de todos os socios para se constituir a sociedade commercial. Como preencher este requisito legal, si a minoria não quizesse assignar? Não ha meio de coagir a minoria a acceitar, em troca das suas *debentures*, acções ou qualquer outro titulo.

79. — O art. 6.º § unico do Decreto n. 177 A refere-se ao modo de embolso das *debentures*. O mesmo art. exige a clausula de juros para evitar o jogo de emissão de títulos ao portador, jogo que consistia na emissão de titulos que se sorteavam com premios. Desde que se exige um juro qualquer e a amortização gradual e de quantia certa, já não se pode dar esse abuso.

As obrigações são emittidas para supprir o capital acções, mas é preciso que ellas tenham um prazo suficientemente longo para fruiem um juro menor e soffrereni uma amortização gradual.

Em geral, os emprestimos a longo prazo são amortizados ou pelo systema americano — em globo — ou pelo europeu — por annuidades —.

Pelo primeiro systema, os prestamistas recebem de uma vez capital e juros.

Pelo segundo systema, annualmente se consigna uma certa quantia, igual em toda a duração do emprestimo, a qual é destinada á sua amortização. A' proporção que elle vai sendo amortizado, os juros vão diminuindo e, no fim do prazo marcado, as quotas de amortização perfizeram a quantia emprestada.

Supponhamos um emprestimo de 100:000\$ ao juro annual de 10%, por um prazo de 10 annos. No fim do 1.º anno, pagando-se a 1.^a quota de amortização, no valor de 10:000\$, o capital fica reduzido a 90:000\$, de modo que, no 2.º anno, o juro a pagar é sobre 90:000\$ e

não mais sobre 100:000\$. No fim do 2.º anno, a 2.^a amortização de 10:000\$ reduz o empréstimo a 80:000\$ e assim por diante. As annuidades são todas iguaes, mas ao passo que os juros vão diminuindo gradativamente, a amortização augmenta.

XIV

Conta corrente, estado e contracto. — Theoria do cheque no Direito Brasileiro.

80. — Quando um negociante, em virtude de qualquer operação mercantil, fica a dever a outro e este lhe debita a importancia, para ser compensada com outra quantia que o credor venha a dever áquelle, diz-se que esses dous indivíduos se acham em estado de conta corrente. Isto acontece sempre que o devedor não paga immediatamente ou a um prazo fixo.

Chama-se conta corrente, porque representa uma sequencia de transacções: a quantia primitivamente em debito é creditada pelo devedor, porque se espera a continuação das transacções, e, todas as vezes que ellas se dão, as quantias são respectivamente creditadas e debitadas.

E' um contracto pelo qual duas pessoas convencionam que os differentes creditos e debitos sejam lançados em conta, compensando-se mutuamente, para, em epoca determinada, se operar a compensação geral e se apurar o respectivo valor.

A conta corrente é, ao mesmo tempo, um estado e um contracto, porque é uma convenção puramente feita em vista de uma acção posterior.

Chama-se igualmente conta corrente, a descripção graphica dos interesses dos dons individuos e o contracto que esta situação faz

gerar. Della não nos occuparemos como contabilidade e escripturação mercantil, mas apenas dos seus effeitos juridicos.

Que a conta corrente é um contracto, não padece duvida, embora tivesse sido esquecida na lei. O Codigo Commercial sómente lhe faz uma pequena referencia no art. 253, e nisto segue a maior parte dos Codigos, principalmente o francez, que trata della muito vagamente.

Posteriormente, a doutrina e a jurisprudencia têm tirado dos elementos fornecidos pelo commercio, o suficiente para definir a conta corrente e assegurar seus effeitos. Leis recentes, como a Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, no art. 27, e o Decreto n. 4855 de 2 de Junho de 1903, no art. 117, occupam-se da conta corrente, principalmente este ultimo que faz della um verdadeiro compendio, indicando os seus principaes effeitos.

81. — O primeiro caracteristico da conta corrente é que, antes do seu encerramento, antes da verificação do respectivo saldo, não ha credor nem devedor, porque cada um delles faz credito ao outro, na esperança de uma compensação; assim, erra quem diz que o correntista que recebe uma certa somma em dinheiro, effeitos ou mercadorias, seja por essa somma devedor a quem a dá.

Como consequencia, verifica-se que a remessa de uma qualquer quantia em conta corrente, produz immediatamente a transferencia da propriedade dessa mesma quantia, do remettente para o recipiente.

82 - Este effeito essencial da conta corrente traz, como consequencia immediata, a novação que se opera pelo lançamento em conta corrente; é o seu segundo caracteristico.

A divida se modifica e passa a ser uma simples verba de natureza especial da conta corrente, perdendo a sua natureza primitiva;

nova-se, substituindo-se a dívida anterior pela dívida resultante do lançamento em conta corrente.

Portanto, um negociante que remette mercadorias a outro e mantém com elle conta corrente: 1.º perde a propriedade das mercadorias e do respectivo preço; 2.º o correntista recipiente não fica devendo o preço das mercadorias, mas passa a dever pela conta corrente, pois todo lançamento feito na conta corrente produz, desde logo, novação da dívida.

Surge aqui uma pequena questão: quando a remessa, em vez de ser feita em dinheiro ou em mercadorias, é em efeitos de commercio ou titulos de dívida, como se dá a novação? Entende-se, em geral, que toda remessa em efeitos, é lançada a credito do remettente com a clausula provisoria — salvo encaixe —; faz-se o lançamento com a condição de não valer, no caso de não ser pago o efeito, desaparecendo então a partida.

Semelhante modo de ver desnatura a conta corrente; em nossa opinião, o — salvo encaixe — não autoriza a considerasse o lançamento como provisório e a destruir os efeitos da transferencia da propriedade do titulo. Parece-nos que a transferencia é definitiva, mas, no caso de não pagamento do titulo, o direito do recipiente não se funda mais na conta corrente e sim no direito cambial, isto é, no direito regressivo contra o remettente, por falta de pagamento do titulo. O lançamento em conta corrente é definitivo, mas o direito do recipiente é independente desse lançamento.

Esta doutrina é, praticamente, reconhecida como de vantagens, porque o lançamento a titulo provisório determinaria uma certa instabilidade da conta corrente.

O art. 76 letra g) da Lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902 admite novação por conta corrente, até mesmo tratando-se de venda de imóveis.

83. — A conta corrente é indivisível: todas as parcelas do debito e do credito se unificam, não havendo credito nem debito, rigorosamente faltando, enquanto não se liquidar a conta.

84. — Todo lançamento em conta corrente operando a transferencia da propriedade do valor remettido, produz immediatamente juros a favor do credor. Na outra columna tambem se contam os juros a favor do respectivo credor.

Os juros legaes são de 6% ao anno, como determina a Lei de 24 de Outubro de 1832 (art. 3.º), mas podem ser estipulados juros convencionaes.

85. — Ao fechar-se a conta corrente, sommam-se as duas columnas, calculando-se os juros dos valores respectivamente recebidos, balançam-se e a differença entre a somma de uma e a de outra constitue o saldo credor ou devedor.

Só então se pode dizer que ha credor e devedor, depois de feita a compensação até a concorrência do deve e do haver. Em conta corrente não se devem parcelas, só se deve o saldo.

86. — As contas correntes do commercio, em geral, movimentam-se pela remessa e recebimento de quantias e mercadorias ou titulos de credito. Mas ha uma especie de conta corrente que quasi se movimenta exclusivamente por meio de cheques, ordens ou mandatos ao portador: são as contas correntes bancarias.

No commercio só se usa o cheque para operações bancarias, quer constem de depositos em conta corrente, quer de creditos abertos

tambem em conta corrente, dentro dos quaes se pode sacar por meio do cheque.

O cheque, na sua fôrma primitiva de recibo ao portador ou ordem de pagamento, já era praticado entre nós, antes da Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860. Posteriormente, o Decreto n. 177 A de 15 de Setembro de 1893, renovando a excepção que a Lei de 1860 permittia, caracterizou melhor esse mandato ou recibo, que hoje se chama cheque.

O nosso Direito diverge do Direito inglez, francez e outros, que seguiram a orientação da Lei ingleza de 18 de Agosto de 1882; por isso, neste assumpto, ha uma theoria do cheque, propria do Direito brasileiro.

Na legislação ingleza o cheque não é mais do que uma letra de cambio sacada á vista contra banqueiro; e realmente, na pratica, não ha outra differença entre a letra de cambio e o cheque ao portador, a não ser que o cheque é passado á vista, enquanto que a letra de cambio é ordinariamente a prazo.

Entre nós, o cheque, como o define o art. 3§ 2º do Decreto n. 177 A de 15 de Setembro de 1893, afastava-se muito da letra de cambio anteriormente á Lei n. 2044 de 1908.

A primeira differença entre ambos era, até então, que o cheque pode ser passado ao portador e a letra de cambio não podia.

Em segundo lugar, o cheque é um instrumento de mandato de pagamento em virtude de conta corrente; só pode ser ao portador, quando passado em virtude de conta corrente. Neste ponto a nossa lei diverge da franceza, que autoriza a emissão de cheques, independente de conta corrente.

Ainda mais, a letra de cambio era um instrumento de contracto de cambio traslaticio, não existia quando sacador e sacado

estavam na mesma praça; o cheque, pelo contrario, só pode ser passado para ser pago na mesma praça.

Por tudo isto se vê que, em nossa legislação, o cheque divergia inteiramente da letra de cambio, tendo-se, porém, approximado delia em virtude da Lei n.º 2044 de 1908, sem que, comtudo, possa ser considerado, como no Direito inglez, um titulo dessa especie: é apenas um mandato de pagamento.

87. — O facto de o sacado pôr o acceite ou visto no cheque, constituirá um titulo de obrigação? Absolutamente não pode originar tal obrigação, porque o cheque se confundiria com uma letra de cambio ao portador.

O sacado não tem obrigação de pagar, porque o cheque é um instrumento de conta corrente, não pode, portanto, ficar alheio á indole do contracto de conta corrente.

O direito do portador da letra de cambio, nota promissoria ou outro titulo, é independente do direito do passador ou sacador, e o sacado não pode oppôr contra o portador, defesa e excepções que se fundem nas suas relações com o sacador. O cheque não é um titulo dessa natureza; o sacado pode recusar ao portador o pagamento do cheque e, quando muito, si não tinha motivos justos de recusa, responderá perante o passador pelo prejuízo causado.

Si as questões entre os correntistas fossem indifferentes ao cheque, os perigos seriam enormes: um individuo que tivesse uma certa quantia em poder de outro, poderia emittir cheques por quantia superior, e o sacado teria de pagal-os.

Responder-se-á que haveria um meio de verificar a existencia de provisão de fundos em poder do sacado: o visto deste no cheque. Mas, si antes de serem visados estes cheques, o sacador tivesse emittido

outros, ainda não apresentados? Qual delles teria a preferencia? O abuso seria sempre possivel.

O sacado não tem, portanto, obrigação de pagar o cheque: recusando-se elle, o passador será obrigado a pagal-o ao portador, salvo acção de perdas e damnos contra o sacado.

A doutrina opposta, que vê no cheque um titulo de credito sem prazo, é anarchica e contraria á letra e ao espirito da lei.

PARTE SEGUNDA
DO COMMERCIO MARITIMO

Secção 1^a

Do Navio

XV

Navio, sua natureza physica e juridica. — Navios nacionaes e estrangeiros. — Registro e matricula.

88. — Na segunda parte do Direito Commercial vamos encontrar, além das noções de lei e commercio, que já estudámos na primeira parte, mais a noção de mar, destinado, pela natureza, a separar as terras e os povos e pela civilização, a ligal-os.

Começaremos o estudo pelo navio, que é o instrumento de transporte do commercio maritimo. O navio pode ser definido num sentido amplo e num sentido restricto, que é o que lhe dá o Direito Commercial Maritimo.

No sentido amplo, navio é toda construcção de madeira ou de ferro, movida por força de vento, vapor ou electricidade e destinada a correr sobre as aguas. Mas, no sentido restricto em que o toma o Direito Commercial Maritimo, define-o Vidari — toda construcção destinada ao transporte de mercadorias e passageiros sobre as aguas — e Lewi ainda melhor — toda construcção adaptada á industria da navegação.

Mesmo, porém, neste sentido restricto, ainda se faz precisa uma nova restricção, decorrente da lei e das circumstancias que modificam a navegação, conforme ella se dá nos mares, rios, lagos ou

portos, embora haja em nossa lei alguma coisa confusa, modificada pela jurisprudencia.

Com effeito, a segunda parte do Codigo Commercial occupa-se unicamente do commercio maritimo, a saber, a navegação de alto mar, abstrahindo completamente dos lagos e rios. Mas a jurisprudencia tem alargado o conceito, estendendo aquelles mesmos principios á navegação fluvial e aos navios que exploram a industria da navegação nos lagos e canaes, assimilados, neste ponto, aos mares.

Quanto á industria das pequenas embarcações de trafego nos portos, ella não é regida pela segunda parte do Codigo, mas pelos arts. 99 e seguintes e, notavelmente pelo art. 118. Assim, sempre que tratarmos de obrigações referentes ás embarcações, teremos de levar em conta estas distincções.

O navio compõe-se de corpo e accessorios. O corpo comprehende: o casco, (ou seja o costado e a quilha) a mastreação e o leme. Os accessorios comprehendem: o velame e todos os mais petrechos indispensaveis ao serviço da navegação. Com tudo isto, porém, não existe uma divisão real entre corpo e accessorios: todos formam uma unidade — o navio.

O navio é juridicamente indivisivel e mesmo physicamente, podemos affirmar-o, porque uma parte do navio não pode ser chamada com esse nome.

A sua indivisibilidade juridica resulta necessariamente da função economica do navio e da legislação que o rege; ella abrange o corpo e os accessorios.

A indivisibilidade physica, porém, só se estende ao corpo do navio, porque todos aquelles accessorios que são indispensaveis ao serviço da navegação e sem os quaes o navio não poderia ser

perfeitamente apto para o transporte de mercadorias e passageiros, como as machinas, cabos, velas, ancoras, carvão, etc, todos elles são distinctos do navio, propriamente dito.

No Direito Romano havia a questão de saber si os escaleres e chalupas necessarias ao serviço do navio, faziam parte delle. Labeo e Paulo divergiam: o primeiro affirmando que eram distinctos do navio, o segundo que faziam com o navio um só corpo.

Esta ultima opinião, esposada por Emérigon, é hoje geralmente acceita.

Quanto ás victualhas e munições de guerra ou de bocca, ha diversas opiniões: Vidari acha que ellas fazem parte do navio, como accessorio.

O frete é geralmente reconhecido como sendo separado do navio.

Considerado o navio no seu corpo e accessorios e admittida a sua indivisibilidade, teremos como consequencia a existencia de um *individuum juris*, que alguns autores chegam a elevar a uma quasi personalidade — o navio mercante.

Si nisto vae algum exaggero, si o navio mercante não tem personalidade, não se lhe pode negar o character de individuo juridico, sujeito a principios e leis proprias, independente das pessoas que o navegam.

Donde resulta que o primeiro character do navio é a sua identidade. Por ser identico, é sempre o mesmo navio, embora se lhe alterem as diversas partes. Um navio que fosse reconstruido em parte, seria sempre o mesmo navio; desmanchado inteiramente e si se construísse outro com os mesmos materiaes, então sim, já não seria o mesmo.

O navio tem, mais, um estado civil, como qualquer pessoa: tem nome, domicilio, que é o porto de registro, e nacionalidade; os ingleses dão-lhe até um sexo, empregando o pronome feminino *she*, proprio de pessoas, quando se referem a embarcações de commercio, e chamando *man of war* aos navios de guerra. O navio nasce e morre e, podia-se mesmo dizer, é baptizado. Deste estado civil, que é o registro ou matricula do navio, indispensavel nos termos do art. 460 do Codigo, resulta a individualidade do navio.

Na pratica do commercio, para facilitar a distincção de momento entre os diversos navios que demandam o porto, existem os registros de navegação, tambem chamados *Lloyds*, e que contém a classificação de todos os navios destinados á navegação marítima, que para isso se quizerem apresentar.

A matricula do navio nesses registros constituo uma facilidade para o contracto de fretamento e de seguro, porque, dando-se simplesmente o nome e a nacionalidade do navio, chega-se ao conhecimento de todos os seus caracteristicos, independente de indagações mais demoradas; do registro constam todos os requisitos do navio, inclusive a sua capacidade, que se mede por toneladas de arqueação.

Nas praças mais importantes existe tal registro. Ha o *Bureau-Veritas* em Paris, o *Registre Maritime* em Bordéos, Nova York, Amsterdam, Londres, Barcelona, etc. No Rio de Janeiro ha o Registro Maritimo Brasileiro.

Elle divide os navios em tres classes. A classe A comprehende os navios de madeira de lei, forrados, pregados e cavilhados de metal, e divide-se em duas categorias: a primeira (A 1.^a) comprehende os navios até 12 annos de existencia, a segunda (A 2.^a) os que têm mais de 12 annos.

A classe B comprehende os navios que podem transportar mercadorias sujeitas a avarias e tambem se divide em duas categorias: a primeira (B 1.^a) comprehende navios que, tendo concluido o tempo da classe A, ainda mereçam confiança; a segunda (B 2.^a) os que estiverem em condições inferiores.

A classe C comprehende os navios que só carregam mercadorias não sujeitas a avaria.

Além destas distincções, que assignalam a diversidade dos serviços em que o navio pode ser empregado, o Registro exige como condição essencial que se declare o destino provavel do navio. Quanto a este, os navios são: a) de pequena cabotagem, b) de grande cabotagem, c) transatlanticos, que não têm menos de 150 toneladas de capacidade e, em geral, viajam no Mediterraneo até o Mar Negro e no Oceano Atlantico, d) de longo curso, que não têm menos de 250 toneladas e se destinam a qualquer lugar, por mais longe que seja.

Apparentemente o navio é movel, mas, pela somma de interesses que representa, a lei não o trata como geralmente são tratados os bens moveis. Assim é que o art. 478 do Codigo Commercial exige para a venda do navio, as mesmas formalidades que são exigidas na venda dos bens immoveis, e o art. 512 do Regulamento n. 737 de 1850 comprehende as embarcações entre os immoveis.

A questão de saber si o navio é movel ou imovel suppõe diversas outras. Por exemplo: o contracto de garantia sobre o navio, pode affectar a fôrma de uma hypotheca?

A lei n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 diz que só são susceptiveis de hypotheca os immoveis. Portanto, revogada como foi a hypotheca commercial, em nossa legislação, o navio não pode ser objecto de hypotheca. Entretanto o Decreto n. 848 de 11 de Outubro de 1890, entre as attribuições dos Juizes Seccionaes, que representam a primeira

instancia da Justiça Federal, enumerou no art. 15 letra g):decidir as questões relativas às hypothecas maritimas. Por essa disposição parece que se tornou a reconhecer a hypotheca maritima.

A controversia tem suscitado grandes duvidas. O immovel hypothecado continua em poder do devedor até que seja judicialmente excutada a divida; o penhor, recahindo sobre cousas moveis, não existe sem a tradição symbolica ou real da cousa. Ora, no caso do navio, si quizessemos admittir o penhor como no Direito Romano, isto é, dependendo da entrega da cousa, teríamos como consequencia que, procurando facilitar os creditos maritimos, os resultados seriam diametralmente oppostos, porque impediriam a navegação do navio e portanto a fructificação do capital nelle empregado. Si, ao se fazer o contracto, o navio tivesse de ir parar ás mãos do credor, como garantia, qual o proveito que dahi adviria para o navio? Esta hypothese seria absurda, inadmissivel.

E' por isso que, no Codice Commercial italiano de 1865, imaginára-se uma entidade que viajava no navio como representante do credor, detendo o navio em nome deste. Deste modo evitava-se fazer a transferencia, resultante do instituto do penhor; mas a existencia desse individuo a bordo, só servia para onerar o contracto. O Codice de 1883, no art. 487, dispensou então a intervenção desse terceiro, reconhecendo que o navio é sujeito ao penhor (art. 485).

A lei franceza de 10 de Dezembro de 1874 admitte a hypotheca maritima.

As legislações, como vemos, não nos offerecem um criterio seguro para decidir a questão. Devemos então ter em vista tratar-se de um movei ao qual a lei imprime um caracter especial. Por isso, a admittir o penhor naval, independente de tradição do navio, seria mais natural reconhecer a hypotheca marítima, desde que se trata de um movei *sui generis*. A tal se oppõe o velho preconceito de recahir a hypotheca sobre

immoveis; mas é a propria lei que o equipara aos immoveis, cercando-o das solemnidades e garantias com que protege a estes.

A esta questão prendem-se outras: o menor emancipado antes da idade legal, pode alienar o navio? Sendo vedado ao marido alienar immoveis sem o consentimento da mulher, pela Ordenação do livro 3.º tit.º 48, pode elle dispôr do navio sem esse consentimento? Diante do espirito do nosso Codigo, a resposta negativa se impõe.

89. — Um dos caracteres da individualidade do navio, é, já o dissemos, a sua nacionalidade: o navio é nacional ou estrangeiro.

Ao navio nacional costumam os povos maritimos conceder uma protecção especial, que se funda em razões de mais de uma ordem:

1.º Em razões de ordem economica, pela necessidade ou, ao menos, pela conveniencia de favorecer a construcção, armação e expedição dos navios nacionaes, facilitando a creação de um viveiro de pessoal idoneo para abastecer os navios de guerra, quando se fizer preciso. O desenvolvimento da industria naval tem sido o resultado da protecção concedida aos navios nacionaes; á protecção constante e intelligente da sua marinha mercante, deve a Inglaterra grande parte da sua riqueza e o prestigio de que goza nos mares. Por isso nação maritima nenhuma deixa de tratar do assumpto, facilitando, quanto possivel, a formação de uma marinha nacional.

2.º Em razões de ordem juridica, porque o navio é o theatro em que se representam scenas que geram relações juridicas, sujeitas a um certo Direito, a uma legislação especial e ha necessidade de conhecer qual a lei a applicar-se a semelhantes relações.

As questões relativas á capacidade dos capitães e commandantes de embarcações, as relações do commandante com a tripulação e o pessoal de bordo, com os carregadores e seguradores, dos

proprietarios entre si, a sua responsabilidade, etc, são laços que produzem direitos e obrigações e que precisam, portanto, ser regidos por uma lei determinada. Donde a necessidade de se saber a nacionalidade do navio, para poder-se-lhe applicar a lei.

O navio precisa deslocar-se: durante a viagem nascem obrigações e direitos que se entrelaçam; alguns são regulados pela lei do pavilhão, outros pelo principio *locus regit actum*.

Em materia penal, ainda que o navio mercante não esteja tão intimamente ligado á sua nacionalidade, como o navio de guerra, é certo que aquelle não é inteiramente particular, como qualquer bem de fortuna; nas suas relações vai muito de Direito Publico e, por isso, os delictos commettidos em alto mar são punidos pela lei da nacionalidade do navio. Assim prescreve o nossoCodigo Penal art. 4.º letra 6).

3.º Em razões de ordem geral politica, internacional que autorizam uma protecção especial aos navios nacionaes. Quer em tempo de paz, quer em tempo de guerra, os navios podem se achar em condições de precisar dessa protecção, que só lhes pode ser dada pela respectiva nação.

A guerra divide as nações em belligerantes e neutras. Ora, a situação do navio mercante neutro em face dos dous belligerantes, pode alterar-se conforme a bandeira que elle arvorar. Pondo de parte as questões relativas á pirataria, ha as questões referentes ao corso, ao contrabando de guerra, etc. que só podem ser reguladas pela nacionalidade do navio. A convenção de Paris, de 1850, no art. 2.º, reconhece que a nacionalidade do navio é essencial para caracterizar a situação do navio neutro numa pendencia destas.

Assim, para estudarmos quaesquer contractos de Direito Maritimo, quer de fretamento, quer de seguro, quer entre os proprietarios

e os agentes de passagens, etc, precisamos conhecer a nacionalidade do navio, salvo quando tem aplicação a regra *locus regit actum*.

Qual, porém, o criterio para se conhecer a nacionalidade do navio? Elle pode se referir aos proprietarios, aos constructores, ao capitão e á equipagem. As legislações variam muito neste ponto. Assim, a lei ingleza só considera navio nacional o que pertencer a subditos inglezes ou a sociedades anonymas com sede na Inglaterra.

A Allemanha exige que o navio pertença a allemães ou a sociedades anonymas domiciliadas na Allemanha, ou a sociedades em commandita simples ou por acções, cujos socios gerentes sejam allemães.

A Belgica exige um anno de tirocinio, para que o individuo possa possuir navios mercantes. Portugal estabelece o simples registro do navio. Nos Estados Unidos é preciso que os proprietarios sejam americanos, que a construcção tambem seja americana e que dous terços da tripulação sejam americanos.

No Brazil vige a Lei n. 123 de 11 de Novembro de 1892, que deu execução ao preceito contido no art. 13 § unico da Constituição da Republica.

Ella exige, para que o navio seja considerado nacional, que pertença a brasileiros ou a sociedades com sede no Brazil, cujos gerentes sejam brasileiros, que tenha capitão brasileiro e pelo menos dous terços da equipagem brasileiros (art. 3.º).

O Decreto n. 2304 de 2 de Julho de 1896, regulamentando a Lei n. 123, segundo a praxe do Poder Executivo, deu-lhe elasticidade, extendendo a Lei de modo a permittir que estrangeiros tenham parte nos navios nacionaes. O Codigo Commercial prohibia-o terminantemente no art. 457, mas, assim dispondo, elle não cogitava das empresas de navegação e sim tinha em vista, provavelmente, as parcerias maritimas

ou sociedades de navio, especie que se distingue das outras sociedades com-merciaes e em que os haveres sociaes são divididos por quotas ou partes do navio. O Codigo quiz evitar que uma parte qualquer da parceria maritima de navio brasileiro fosse possuida por estrangeiro.

Hoje em dia, as parcerias maritimas são de pouco uso e os navios ou são possuídos por firmas commerciaes ou por sociedades anonymas, que são sociedades de capital e não de pessoas, tendo uma existencia juridica que lhes é reconhecida pela nação do seu domicilio ou sede principal.

E como qualquer sociedade commercial tem uma personalidade juridica distincta da dos socios, o navio que pertence á sociedade, não pertence a nenhum dos socios ou accionistas. For essa fórma, parece que se respeita o art. 457, quando se permite que uma parte qualquer do navio nacional possa ser possuída por uma sociedade, embora delia façam parte estrangeiros.

Entretanto, essa sociedade deve ser nacional, e gerida por brasileiro. Realmente, não ha razão que possa impedir que um estrangeiro possua acções de uma companhia de navegação brasileira, mas é indispensavel que só a isto se limite a intervenção do estrangeiro; só assim será respeitada a disposição legal.

90. — A lei nacional, pois, favorece os navios brasileiros. Além do favor do uso do pavilhão e da protecção devida aos navios mercantes pelos nossos agentes diplomaticos e consulares, o favor realmente importante e consideravel que a nossa legislação lhes dá, é o privilegio da cabotagem, estabelecido no art. 13 § unico da Constituição.

A disposição do art. 4.º da Lei n.º 123 de 1892, que prohibia ao navio estrangeiro o commercio de cabotagem, sob pena de contrabando, ficou por algum tempo sem execução, visto contrariar interesses importantes.

Por menos proteccionista que se seja, não se pode deixar de ver com uma vista benevola toda a protecção dada aos navios nacionaes, porque ella é uma condição indispensavel para animar a industria da construcção de navios, que representa uma grande riqueza economica e um efficaz auxilio politico á nação.

Num paiz como o nosso, em que se protegem tantas industrias de mera apparencia, e onde se faz grande empenho em proteger o alcool, a cerveja, á custa da elevação das tarifas, seria extranho negar-se protecção á navegação nacional, tanto mais quanto o Brazil possui uma enorme costa maritima, inteiramente indefesa.

Ainda como meio proprio de auxiliar a marinha de guerra em caso de necessidade, se deve proteger a navegação nacional. Os nossos recursos financeiros não nos permitem ter uma esquadra capaz de defender efficazmente a nossa honra e territorio; mas, si conseguissemos formar uma industria naval e uma marinha mercante bem desenvolvida, poderiamos augmentar o effectivo da marinha de guerra com os navios mercantes; teriamos nos marinheiros destes, fortes elementos para aquella.

Si assim é, os Estados do Norte quando combatiam a decretação da cabotagem nacional, por ficarem privados de meios de communicacão, falavam em nome de um interesse seu, mas perdiam de vista um interesse mais geral, o da propria nação. Evidentemente, esses Estados ficavam quasi limitados ao pessimo serviço de uma unica Companhia, mas o mal é temporario e a nacionalização da cabotagem falo-á desaparecer.

Foi aquella corrente de opinião que se formou no Congresso Nacional, contraria á decretação da cabotagem nacional, que deu lugar a que se protellasse por tanto tempo a execucao do preceito constitucional e se sophismasse sobre o que devia ser entendido por navio nacional,

decretando-se disposições que pouco se harmonizam com o alludido preceito.

XVI

Propriedade do navio, modos de adquiril-a e de perdel-a — Venda do navio.

91. — O navio não é somente o instrumento de transporte por agua, é tambem um objecto de commercio; a aquisição e transmissão da propriedade do navio, em regra, constitue uma transacção commercial, sendo o navio o objecto desse contracto mercantil.

Como objecto de mercancia, a aquisição do navio pode-se fazer por qualquer dos meios admittidos pelo Direito Commercial e pelo Direito cominam para a aquisição de bens moveis, quaes a compra e venda, a successão universal, a prescripção, a doação e a dação em pagamento.

Além destes ha, porém, outros meios que são especiaes ao Direito Commercial Maritimo e ao Direito Internacional Maritimo, dos quaes decorrem algumas prescripções que devem ser applicadas aos modos communs de aquisição.

O Direito Commercial Maritimo reconhece dous modos distinctos de aquisição do navio: originaria e derivada.

Dá-se a aquisição originaria pela construcção do navio; dá-se a aquisição derivada pela venda voluntaria ou forçada, pela venda effectuada pelo capitão com ou sem mandato, pelo abandono liberatorio e pelo abandono subrogatorio.

O Direito Internacional tem dous modos: a angaria e a presa de guerra.

Alguns escriptores consideram ainda modos de aquisição de Direito Administrativo e de Direito Judiciario; mas esses não precisam figurar como modos á parte, porque se encabeçam perfeitamente nos dous grandes modos — originario e derivado —.

O modo originario é a construcção do navio que, segundo o art. 459 do Codigo, é inteiramente livre, embora sujeita a uma vistoria prévia, que verifique as condições de navegabilidade da embarcação. E' o que tambem dispõe o art. 17 do Decreto n. 2304 de 1896.

A construcção do navio pode ser feita ou por conta propria ou por conta de terceiro; em ambos os casos pode ser por administração ou por empreitada (*à forfait*). Quando feita por administração, o contracto de locação de serviços que tem lugar entre o proprietario e o constructor, segue as normas geraes da locação de serviços, em que o locatario presta só os serviços e o dono fornece os materiaes.

Pela empreitada (*à forfait*), o proprio constructor fornece o material e o proprietario limita-se a receber o navio depois de prompto, pagando as prestações estipuladas. Não se distingue, em suas linhas geraes, de qualquer outro contracto, mas, attendendo á indivisibilidade do navio, podem surgir questões que terão solução diversa da que se dá em outros contractos.

O navio é um, indivisível e identico; não existe navio sinão quando elle está prompto e apto para navegar, como diz Stracca — *navis paratur ut naviget* —. Assim, as questões sobre riscos e perdas têm aqui resultado differente do que decorre de outros contractos, cujo objecto não tenha estes mesmos caracteristicos.

Os arts. 231 e 232 do Codigo Commercial podem reger a especie, com pequenas modificações; pode-se-lhes dar uma interpretação diversa, tendo em attenção a indivisibilidade do navio. Si o empreiteiro *à forfait* se obriga a dar posse do navio ao proprietario, a aquisição da

propriedade por parte deste não se dá, sinão depois que o navio lhe fôr entregue; só se verifica depois da tradição. Neste caso, vindo o navio a perecer antes da sua entrega, o perecimento é por conta do dono dos materiaes, isto é, do empreiteiro.

Mas si o perecimento acontece quando o empreiteiro fornece apenas o trabalho, o perecimento corre por conta do dono dos materiaes.

Desde que o navio ficou prompto e apto para navegar e não se deu a sua entrega, pode surgir contenda entre o proprietario, o constructor e terceiros interessados, sobre a pessoa a quem pertença a propriedade do navio, em vista da sua indivisibilidade. *Quid* si o construtor não está pago de todo o preço? No caso de fallencia do construtor, qual o direito que assiste ao dono do navio? Qual o credor reivindicante? Tudo isto depende das condições em que se fez o contracto sobre a entrega do navio e só poderá ser resolvido á vista das clausulas do contracto de construcção, mas prevalece sempre o principio da indivisibilidade do navio.

Supponhamos que quem mandou construir o navio, isto é, o proprietario, pagou apenas algumas prestações do preço; pode elle ser considerado, por isso, dono do navio e com o direito de propriedade? Para responder, invoquemos o principio da indivisibilidade do navio: sendo o navio indivisível não se pode pretender a propriedade de uma parte delle; ora, como quem mandou construí-lo, só pagou uma parte do navio, só poderia conside-rar-se dono dessa parte, mas como isto é inadmis-vel, segue-se que não foi adquirida a propriedade do navio.

92. — A venda pode ser voluntaria ou forçada. Casos de venda voluntaria são os mesmos do Direito commum; apenas a fórma e os encargos que a acompanham, são regidos pelo Direito Maritimo.

O art. 468 do Codice exige a escriptura publica na alienação dos navios, sob pena de nullidade, divergindo assim do Direito francez,

belga, portuguez, hespanhol e italiano, que exigem apenas um documento escripto.

Diverge tambem o nosso Codigo, do Direito commum, nos efeitos da venda, principalmente pela presumpção de que na venda voluntaria se inclue tudo o que é necessario ao navio, todos os seus accessorios, diversamente do Direito commum que sanciona que, ao se vender uma propriedade qualquer, não se mencionando na escriptura entrarem os accessorios na venda, estes ficam excluídos. A razão da disposição do Codigo é que os accessorios fazem parte integrante do navio e assim a venda do navio importa a venda dos accessorios.

Os fretes serão accessorios? Alguns escriptores os consideram como parte integrante do navio, outros como cousa separada. Pelo disposto no art. 469 do Codigo, emquanto o navio está viajando, o frete é accessorio; mas, chegado que seja ao porto de destino, o frete que se venceu, separa-se do navio, não faz mais corpo com elle.

Da mesma fórma, a venda comprehende os encargos do navio (art. 470 do Codigo). Quem adquire por venda voluntaria, adquire o navio propriamente dito com todos os aprestos e, em compensação, recebe todos os encargos que sobre elle pesam.

Mas taes encargos, que passam para o comprador na venda voluntaria, desaparecem no caso de venda judicial. Nesta, depositada a importancia da venda, o navio passa livre e desonerado para as mãos do adquirente, dando-se uma perfeita subrogação. Assim dispõe o art. 477 do Codigo Commercial.

Isto com relação á venda voluntaria do navio. A venda forçada pode se dar: 1.º quando existe parceria marítima e a maioria resolve vender o navio contra a vontade da minoria, que se vê obrigada a isso; 2.º quando o navio é apprehendido ou confiscado por pertencer a estrangeiro, ou em virtude de um contrabando, ou em qualquer outro

caso em que se proceda á apprehensão do navio; 3.º quando a embarcação é sujeita a penhora ou arresto.

Ha o caso especial da venda do navio pelo capitão: si este tem mandato, a venda entra na esphera do Direito commum; mas, ás vezes, o capitão, independente de mandato e pela sua autoridade de capitão, vende o navio. Isto se dá na hypothese de innavegabilidade do navio, mediante os requisitos do art. 516 do Codigo Commercial.

A innavegabilidade não é só physica, não se dá sómente quando o navio fica inapto para navegar: dá-se tambem a innavegabilidade juridica, quando o capitão não tem meios de continuar a viagem por falta de fundos, de recursos financeiros.

Depois de fazer todo o possível para obtel-os, vender parte da carga, a carga toda, etc, na ausencia dos donos ou consignatarios do navio, pode vendel-o para pagar a equipagem e outras dividas privilegiadas. Este é um caso grave e todo especial ao Direito Commercial Maritimo.

Ha ainda um meio de transmissão que se opera sem o character de venda: o abandono liberatorio. Por elle, os proprietarios e compartes no navio se libertam da responsabilidade legal que lhes incumbe pelos actos praticados pelo capitão.

Os proprietarios respondem solidariamente pelos actos do capitão: mas, attendendo ás circumstancias especiaes da navegação, estabeleceu-se como medida de equidade, que pudessem libertar-se dessa responsabilidade, abandonando o navio aos credores, para que com elle se paguem.

E' este tambem um meio de transmissão especial ao Direito Maritimo. Ao abandono liberatorio chamam os francezes *abandon* e ao subrogatorio chamam *délaissement*.

O abandono subrogatorio é o que faz o segurado em favor do segurador, afim de receber o valor total do seguro. Quando o navio soffre um sinistro de tal ordem e gravidade, que seja preferivel receber a indemnização total, o segurado pode abandonar o navio em mãos do segurador.

93. — Dos dous meios de aquisição e transmissão da propriedade do navio, proprios do Direito Publico Internacional, um não corresponde satisfatoriamente a uma figura de transmissão, sendo antes uma utilização do navio, com obrigação de indemnizar o emprego que delle foi feito.

Realmente, a angaria é o acto pelo qual uma potencia se utiliza do navio que está surto em algum dos seus portos para um fim qualquer, principalmente nos casos de guerra, ou em perigo delia, como medida preventiva. A angaria não importa propriamente a perda da propriedade do navio, porque tem character provisorio; a propriedade do navio subsiste, só a posse é interrompida e, cessando a angaria, o navio volta de novo á posse do seu proprietario.

Mas, quando o navio se inutilizar pelo serviço a que o Governo o destinou, dá-se uma verdadeira perda da propriedade. Assim aconteceu na guerra Franco-Prussiana de 1870, em que o Governo Francez se utilizou de diversos navios inglezes para submergil-os e impedir deste modo a entrada do porto. E' claro que, nessa hypothese, perdendo-se o objecto, desaparece a propriedade.

Pela presa de guerra, a propriedade do navio se transfere do primitivo dono para o apresador. E' a apprehensão de um navio mercante feita por subditos de nação belligerante, afim de se apropriarem do navio ou da sua carga, e recae sobre navio mercante belligerante ou navio mercante neutro, que viole as leis de guerra.

O navio apresado pode ser recobrado pela represa ou retomadia. Então, por uma queda de principios, a propriedade se considera como regressando ao antigo possuidor.

Em nosso Direito, entretanto, a retomadia não faz voltar o navio á primitiva propriedade tão plenamente como antes: si foi represo por um navio de guerra da sua nação, o navio volta á primitiva propriedade com a condição de se pagar a oitava parte do seu valor; si foi represo por corsario, deve pagar a quinta parte do seu valor. Isto em virtude do Alvará de 7 de Dezembro de 1796, que reformou o de 7 de Setembro do mesmo anno, e do de 9 de Maio de 1797.

Mas o navio pode ter mudado de natureza, ter passado de mercante a transporte de guerra, de transporte de mercadorias e passageiros a deposito, etc. Então o Alvará de 9 de Maio de 1797, por equidade, concede aos antigos proprietarios o direito de reaver 2/3 do prejuizo que a modificação do navio trouxe.

94. — Tratando do embargo, o art. 479 do Codigo Commercial restringiu consideravelmente os casos delle, differentemente do Direito commum, em que, em geral, os bens do devedor, sendo a garantia do credor, podem ser embargados. O navio não pode ser embargado ou detido, sinão no porto de partida e por dividas privilegiadas ou contrahidas para aprestar o navio em sua ultima viagem, desde que não tenha recebido a bordo mais da quarta parte da carga que possa comportar.

Convém ter presentes os arts. 479 a 483 do Codigo, que preveem hypotheses communs no fôro. Elles são uma medida em beneficio da navegação, mas extendida um pouco de mais, com prejuízo dos credores.

Em relação a uma companhia estrangeira, por exemplo, os consignatarios das mercadorias no Brazil não têm a menor garantia contra a mesma companhia.

O favor feito á navegação expõe, por outro lado, os que têm interesses no navio a um prejuízo inevitavel; mais de uma vez tem acontecido que reclamações contra companhias com sede no estrangeiro, até mesmo por parte de agentes que adiantam fundos, ficaram sem a sancção que a lei concede aos direitos feridos.

XVII

Relações dos proprietarios do navio entre si. — Simples communhão. — Parceria maritima. — Sociedades e companhias de commercio maritimo.

95. — Para os fins de commercio, naturalmente, não basta possuir o navio; para crear relações especiaes, é preciso tambem armar e expedir o navio.

As funcções do proprietario e as do armador são diversas, embora possa a mesma pessoa ser armador e proprietario a um tempo. Proprietario é o dono do navio; armador é o que explora o navio, aquelle a quem cabem todos os onus e benefícios da exploração. Ulpiano definia o armador no Digesto lei 1.^a § 15 do livro 14.^o, tit.^o 1.^o *exercitorem eum dicunt ad quem obventiones et redditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit, sive a domino navem per aversionem conduxerit, vel ad tempus, vel in perpetuum.*

O navio pode ser possuido por mais de uma pessoa, isto é, a propriedade do navio pode ser singular ou collectiva. Quando singular, as relações do armador e da gente da equipagem e todos os contractos prendem-se exclusivamente ao simples proprietario ou ao proprietario —

armador. Quando, porém, o navio é possuído por duas ou mais pessoas, o caso muda de figura; é este o objecto do nosso ponto.

A propriedade colectiva do navio pode resultar de um facto, de um contracto de fôrma especial e de um contracto qualquer de sociedade.

Quando duas ou mais pessoas, sem intuito algum de sociedade, são possuidoras de um navio mercante, ou por adjudicação ou por successão, dá-se entre ellas um simples condominio, que nada tem de ver com o contracto de sociedade. E' uma simples communhão de interesses, regida pelo Direito Civil,

Mas, desde que os communistas fazem uso commum do navio, já não teremos uma simples communhão e sim uma parceria maritima.

Que a simples communhão não é uma especie de sociedade, que ella nada tem de sociedade mercantil, é fôra de duvida, porque qualquer sociedade commercial se assignala principalmente pelo intuito commum de lucro, o qual absolutamente não existe na simples communhão.

Si, porém, ha accordo entre os communistas para usar o navio, realiza-se a hypothese de uma sociedade, embora sem formalidades solennes: a parceria maritima, de que se occupa o art. 485 do Codigo Commercial. A parceria maritima, portanto, resulta simplesmente do facto de se fazer uso commum do navio, ou tambem pode resultar de um contracto.

Resulta de um facto, porque o Codigo exige apenas que os compartes do navio façam delle uso commum, sendo assim a parceria uma verdadeira sociedade de facto, existente independente de um contracto, como têm as outras sociedades.

A communhão existe pela simples co-propriedade: não é uma sociedade, mas um estado de facto, que não vai além da propriedade do navio. A parceria depende da exploração commercial do navio, isto é, do exercício da navegação, pois, por uso *commum* só se pode entender a exploração do navio na industria da navegação.

Os communistas são co-proprietarios, os parceiros são verdadeiros socios, exploram a sua co-propriedade pelo uso *commum*. Já vimos tambem que a parceria maritima é uma sociedade *sui generis*, e em que ella se distingue das outras especies de sociedade. Veremos depois, que o caracteristico da parceria maritima esta no seu regimen de administração.

Em summa: a parceria maritima se constitue: 1.º pela co-propriedade do navio, 2.º pelo uso *commum* que delle fazem os parceiros. Devemos applicar aqui o mesmo criterio que nos levou a não admittir sociedade commercial sem o intuito *commum* de lucro; qualquer uso da embarcação, que não seja na industria da navegação, como fazer delle deposito, habitação, etc, deve ser excluido. Só ha parceria quando o uso *commum* do navio fôr na exploração commercial delle.

96. — Pelo facto de se fazer uso *commum* do navio, esta sociedade constitue pessoa juridica diversa da dos compartes do navio? A parceria maritima tem personalidade diversa da dos socios, como as outras sociedades?

Para Lyon-Caen e Renault, na sociedade nautica não se encontra tal personalidade: 1.º porque o contracto não é publicado, 2.º porque a idéa de personalidade é incompatível com a co-propriedade.

Não nos parece que procedam as duas razões.

Quanto á publicidade do contracto, já vimos que a aquisição e transmissão da propriedade do navio ha de se fazer de modo solemne e

publico. Portanto, pelo menos entre nós, a propriedade do navio não pode ser occulta. Si fosse possível admittir a propriedade occulta, ficaria completamente desvirtuado o pensamento do nosso legislador, exigindo que o navio nacional seja possuído por brasileiros. Este principio capital seria letra morta. A publicidade é, pois, uma questão a que não se pode fugir, é inevitavel.

A segunda razão também não procede. E' certo que a idéa de personalidade é incompativel com a de co-propriedade; mas não devemos esquecer que os socios não são co-proprietarios do capital social.

Este pertence á sociedade unicamente; os socios não são donos nem condominos dos bens sociaes, têm apenas um direito de credito contra a sociedade. Só depois de liquidada a sociedade e divididos os bens, é que cada socio torna-se dono de uma parte delles.

E' forçoso reconhecer que, embora o Codigo falle em *propriedade* e *compropriedade*, não se trata aqui propriamente do que, em Direito, se chama a propriedade de uma cousa: a idéa de apropriação individual e do *jus in re* sobre uma parte do navio, é repugnante com o principio da indivisibilidade do navio, base do Direito Maritimo. Assim sendo, não se comprehende a propriedade de um pedaço do navio e, portanto, o que o Codigo chama compropriedade não é aquillo que, em geral, esta palavra significa.

O parceiro tem apenas uma parte ideal do navio, da mesma fórma que os socios têm uma parte ideal do capital social.

Si se dêsse a co-propriedade, o direito dos compartes residiria em uma parte do navio e, portanto, elle já não seria indivisível. Como consequencia, seria licito a cada socio exigir a sua parte ou quinhão, afim de cessar a communhão.

A indivisibilidade é repugnante ao Direito; mas no Direito Marítimo é o estado normal: o navio é physica e juridicamente indivisível.

A segunda razão de Lyon-Caen e Renault, pois, não nos convence: o direito de co-propriedade, na parceria marítima, é diverso do *jus in re*, é quasi um *jus ad rem*, visto como o direito do parceiro é um direito ideal, um direito de crédito contra o patrimônio social.

Ha, porém, um motivo bastante forte para impedir que se admita personalidade jurídica na parceria marítima: a falta de nome social ou de firma. A parceria existe forçosamente sem firma social; si a tivesse, se transformaria em alguma das outras sociedades commerciaes. E, existindo sem firma social, nada a distingue da pessoa dos socios, e portanto ella não tem personalidade jurídica.

A parceria pode ter ou não contracto, é sempre uma sociedade; mas em caso algum pode ter um nome ou denominação, sem mudar de natureza.

Ora, para que a parceria fosse pessoa diversa da dos socios, ella deveria ter um nome; não, quem é que contracta? quem responde perante os terceiros? quem representa a sociedade? Não ha pessoa sem nome.

O que os inglezes chamam *marido do navio*, (*ship's husband*) não age em nome de uma sociedade, mas em seu nome ou como administrador.

Si não podemos admittir a personalidade jurídica da parceria, não desconhecemos, entretanto, que alguma cousa especial se dá nella, distinguindo-a de qualquer outra fórma de co-propriedade. Ha, na hypothese, uma quasi personalidade do navio, que substitue a personalidade jurídica da parceria.

Pela situação do navio mercante, este representa, por si mesmo, todos os interesses que nelle residem; todas as obrigações e direitos se referem ao navio, é sempre elle que apparece como theatro dos acontecimentos juridicos e instrumento do commercio maritimo.

O navio tem nome, nacionalidade, domicilio, que se assemelham aos de qualquer pessoa physica. Assume responsabilidades que sobre elle repousam, é o centro de negociações e transacções. Por tudo isso representa, si não uma pessoa juridica, pelo menos uma quasi personalidade.

97. — Nas sociedades mercantis os negocios são resolvidos pela maioria dos socios, maioria que não se constitue pelo numero de quinhões, mas pelo valor delles, salvo si o contracto estipular cousa diversa. Na parceria, o menor quinhão tem direito a um voto, e o portador de mais quinhões tem direito a tantos votos quantas vezes possuir o menor quinhão (art. 486 do Codigo Commercial).

A maioria obriga a minoria, mas até certo ponto. Assim, a maioria não pode obrigar á minoria em negocio estranho ao fim da navegação. *Novis paratur ut naviget*; portanto, quando se quizer contrariar tal fim e desviar delle o navio, a maioria não prevalece sobre a minoria.

Surgem dahi varias questões sobre a extensão dos poderes da maioria, em assumpto de venda, reparação e seguro do navio. Si o navio precisar de concertos, a maioria tem o direito de forçar a minoria a fazelos; mas, si é a maioria que não quer fazel-os, a minoria impõe a sua vontade (art. 488).

Este principio não é aberrante do predomínio da maioria sobre a minoria, porque tal predomínio naturalmente está sujeito ao fim da parceria maritima. Ora, si o fim da parceria é fazer navegar o navio, este não podendo navegar, falta áquelle fim; donde se conclue que deve ser

licito á minoria impôr á maioria a sua vontade, quando se trata de não paralyzar o navio.

Para administrar a parceria, os compartes elegem entre si um armador-gerente, que o nosso Codigo chama *caixa*, o qual gere e administra os negocios da parceria, responsabilizando pelos seus actos a todos os comproprietarios. (Art. 491). Esta responsabilidade segue naturalmente o character que domina nas sociedades mercantis e nas obrigações commerciaes collectivas, isto é, tal responsabilidade é illimitada e solidaria.

Sabemos que, em regra, todas as obrigações mercantis collectivas são solidarias: a parceria está de accordo com este principio, salvo estipulação em contrario. E' por isso que, nos contractos de parceria, se deve discriminar a extensão e os limites das attribuições do armador.

Si o armador é um co-proprietario, a sua posição é a de um socio gerente: si não é co-proprietario, sua posição é a de um simples feitor ou mandatario.

O armador, socio ou não, obriga a parceria, dentro das limitações estabelecidas, sendo essa responsabilidade solidaria e illimitada.

Os co-proprietarios da embarcação não podem libertar-se da responsabilidade que lhes advém pelos actos do armador, abandonando o navio. Seria isto a derogação de um principio, a qual não é expressa em nosso Codigo; e, desde que o Codigo não dá essa faculdade, não pode ter lugar o abandono.

Si, porém, a minoria, não concordando com a nomeação do armador, exigir da maioria a isenção daquella responsabilidade, abandonando o navio em mãos da maioria? A maior parte das legislações

admitte o abandono nesse caso, isto é, a minoria dissidente pode abandonar o navio para se isentar da responsabilidade da gestão do armador. O Código Alemão permite o abandono á minoria, antes da expedição do navio. O nosso Código não tem disposição alguma a respeito; logo perante elle, subsiste sempre a responsabilidade.

E' verdade que a crueldade dahi resultante se attenua pelo facto de que o abandono se baseia em considerações que não aproveitam aos parceiros. O abandono foi introduzido para obviar os riscos do proprietario do navio, pelos actos do capitão. Os capitães não são nomeados *ad libitum*, não ha plena liberdade na sua escolha, porque devem ser tirados dentre um certo numero de pessoas com habilitações especiaes. Demais, o capitão age fóra das vistas do proprietario, que não pode fiscalizar-lhe os actos; o capitão é soberano a bordo. Dahi o abandono, como medida de equidade.

Mas, tratando-se de actos do armador, as razões não são as mesmas: o armador é escolhido livremente; o facto de ser armador um dos compartes, denota que ha assentimento dos parceiros. Em segundo lugar, este armador age sob as vistas dos proprietarios, o que facilita a fiscalização. Ainda mais, a minoria dissidente quanto á nomeação do armador, tem o direito de vender os seus quinhões (o que não acontece nas sociedades de pessoas) e portanto, livrar-se da responsabilidade que receia.

Por estes fundamentos, de accordo com o principio geral do art. 491, a minoria participa sempre da responsabilidade pelos actos do armador; não podendo libertar-se delia pelo abandono.

98. — As deliberações, na parceria, são tomadas por maioria de votos, na proporção do numero de quinhões possuídos pelos consocios, valendo o menor quinhão um voto e tendo o parceiro tantos votos quantos os seus quinhões. Exceptuam-se, porém, as deliberações que

tendam a desviar o navio do fim mercantil a que é destinada a parceria, nas quaes a maioria não pode fazer valer a sua vontade contra a minoria.

O caso de venda do navio, quando elle precisa de concertos, nos termos do art. 487 do Codigo Commercial, é duvidoso: pode a maioria impôr a sua vontade á minoria? Importando a venda do navio o desaparecimento da sociedade, este acto está sujeito ás leis que regem as sociedades: si a parceria se constituiu independente de contracto, não havendo contracto, cessa a sociedade por vontade de qualquer socio e, portanto, o navio pode ser vendido. Mas, si ha contracto por um tempo determinado, a maioria não pode fazer cessar a sociedade sem o accordo tambem da minoria.

Quanto ao seguro, discute-se si a maioria pode deliberar de modo obrigatorio para a minoria, quer ordenando o seguro do navio, quer obstando-o.

Ha escriptores que sustentam que o seguro não é de interesse social, mas uma previdencia individual que interessa o parceiro e não a sociedade. Si a medida de previdencia do seguro ampara o interesse singular e não o interesse sob o ponto de vista colectivo, desde que cada parceiro pode segurar o seu quinhão, a maioria não pode impedir o uso desse direito, nem impol-o.

Ha uma formula que deve ser attendida: a que separa a fortuna de terra da fortuna de mar dos parceiros e armadores. A fortuna de terra é a que não se expõe directamente aos riscos do mar; a fortuna de mar é o navio, seu frete e carga. Este principio é muito importante.

Na questão de seguro entende-se que não se trata da fortuna de mar, porque os premios de seguro são pagos pela fortuna de terra.

99. — A parceria é administrada por um caixa ou gerente, armador ou feitor. Este pode ser um socio ou pessoa extranha á

sociedade. Si a maioria elege um dos membros da parceria para servir de caixa, tal deliberação impõe-se á minoria; mas, para que seja nomeado um caixa extranho á sociedade, é preciso para isso accordo de todos os parceiros (art. 492 do Codigo).

100. — A parceria não se dá somente entre os co-proprietarios do navio; pode existir tambem entre pessoas que não sejam todas donos de quinhões. Era mesmo frequente antigamente a sociedade entre os proprietarios, os armadores, o capitão, agente de equipagem e os carregadores, para a exploração do navio.

A parceria pode, pois, realizar-se entre os proprietarios e os armadores, entre os proprietarios e a gente de equipagem, entre os proprietarios, equipagem e carregadores. Foi do contracto de pacotilha que se originou a commandita; tendo hoje quasi desaparecido aquelle contracto. Actualmente a parceria existe, sobretudo, entre os proprietarios do navio, principalmente em navios de vela.

Mais commummente a sociedade de navio assume uma das fórmas das sociedades mercantis, em uso no commercio moderno. Fóra da exploração do contracto de navegação por sociedades em nome colectivo, o grande valor da industria de navegação está hoje confiado a sociedades anonymas, que possuem a maior parte dos navios.

A' excepção dos casos em que uma sociedade faz uso do navio para sua utilidade, como um auxiliar do seu commercio, a grande industria da marinha mercante é exercida pelas companhias de commercio maritimo.

Esta evolução e a substituição do navio a vela pelo navio a vapor produziu fundas alterações no Direito Maritimo, as quaes precisam ser levadas em conta, quando se estuda o nosso antiquado Codigo Commercial, sobretudo em materia de fretamentos.

Basta assignalar o facto que decorre das relações estabelecidas no Codigo, directamente entre o capitão e o carregador, entre o capitão e os seguradores e que hoje se modificam diante do systema usado pelas grandes companhias de navegação: as relações são directas entre a companhia e os carregadores e seguradores, ficando a ellas inteiramente extranho o capitão.

E' verdade que ainda o capitão exerce totalmente as funcções que lhe dão as leis, na navegação a vela: na grande industria de navegação, porém, taes funcções ficam limitadas ao governo do navio, á parte technica, ficando o mais a cargo da administração das sociedades.

XVIII

Responsabilidade dos proprietarios pelos actos do capitão e da equipagem. — Abandono liberatorio.

101. — O art. 494 do Codigo Commercial cogita de duas especies de responsabilidade dos proprietarios do navio, pelos actos do capitão: a 1.^a pelas dividas contrahidas pelo capitão para concertar, habilitar e aprovisionar o navio; a 2.^a pelos prejuizos causados por falta de diligencia. E' o que em Direito Maritimo se chama — responsabilidade dos proprietarios pelos contractos e actos do capitão—.

Quanto á primeira parte, tal responsabilidade filia-se ao principio geral de que o preponente responde pelos actos do preposto — *qui mandai, ipse fecisse videtur*. Desde que a divida é contrahida pelo capitão em beneficio do navio, o proprietario deste responde por ella.

Quanto á segunda parte, filia-se ao principio da responsabilidade do mandante pelos actos illicitos praticados pelo mandatario.

Esta dupla responsabilidade origina-se do Direito Romano, vem da acção exercitoria, creada pelo pretor para obrigar os donos do

navio a responderem pelas obrigações contrahidas pelos mestres ou capitães, porque pelo Direito Civil, sendo a responsabilidade exclusivamente pessoal, não se dava direito aos prejudicados pelo capitão, de accionarem o proprietario do navio.

Havia duas especies de acção para reclamar do dono do navio: a principio, a acção noxal, porque, em geral, os mestres de navios eram, ou filhos-familias, ou escravos; de modo que fazia-se efectiva a responsabilidade, pela entrega do culpado ao credor.

Mais tarde, quando os postos começaram a ser exercidos por homens livres, introduziu-se a acção exercitoria, pela qual os proprietarios do navio passaram a responder pelos actos dos seus prepostos, relativos ao navio ou á expedição.

Essa responsabilidade firma-se na idade média, e della se originou o instituto do abandono liberatorio.

Entretanto, no Mediterraneo, onde o contracto de commandita se generalizára, a tendencia foi no sentido de limitar a responsabilidade á importancia dos haveres embarcados, ao passo que no Norte, onde o principio da commandita não tinha chegado a penetrar, permaneceu a responsabilidade illimitada dos proprietarios do navio pelos actos dos seus prepostos.

O art. 2.º capitulo 8.º parte 2. das Ordenanças de Colbert (1681) affirmava tal responsabilidade pelo *fait du maistre*. Entendia-se, Emérigon á frente, que esta expressão abrangia não só os actos licitos e illicitos, como todos os contractos. Valin, porém, sustentava o principio restricto, isto é, que a responsabilidade dos proprietarios, nos termos da Ordenança, era só pelos actos licitos praticados pelo capitão.

Havia, pois, duas correntes oppostas no modo de interpretar a responsabilidade dos proprietarios. Segundo a corrente do Direito

Romano, adoptada no Norte da Europa, a responsabilidade era sempre illimitada. No Mediterraneo, pelo contrario, a responsabilidade era limitada, quer pelos actos, quer pelos contractos do capitão; e essa limitação tornava-se effectiva pelo abandono liberatorio, em mãos dos credores, para que se pagassem com o navio.

Apezar de ter durado esta controversia até 1807, quando se fez o Codigo Commercial francez este, no art. 216, deixou permanecer a questão no mesmo pé. Os Tribunaes do Norte da França sustentavam o principio da illimitação da responsabilidade; os do Sul sustentavam a responsabilidade limitada. A Lei de 17 de Julho de 1841 veio esclarecer o assumpto, limitando em todos os casos a responsabilidade e facultando sempre o abandono.

As demais legislações dividem-se neste ponto: umas seguem o Direito Romano, transplantado nos *Rôles d'Oléron*, e que prevaleceu no Norte da Europa; outras seguem o *Consolato del Mare* cujos capitulos 141 e 182 determinam a responsabilidade dos proprietarios.

O nosso Codigo, posto que seja de 1850, não chegou a tempo de conhecer a Lei franceza de 1841 e, a nosso vêr, seguiu, em parte, a doutrina do Direito Romano e em parte a de Valin, limitando a responsabilidade dos proprietarios só quando se tratar de actos illicitos praticados pelo capitão.

O nosso Codigo impõe a responsabilidade solidaria e illimitada dos proprietarios, embora o capitão exceda os limites do mandato, sempre que aproveite ao navio. Ora, este principio infringe não só a equidade natural, como o principio da separação das fortunas, podendo fazer com que a fortuna de terra seja inteiramente sacrificada pela de mar.

Tratando-se de actos illicitos (delictos e quasi-delictos) o Codigo estabelece a responsabilidade limitada, que só é effectiva até o valor do navio, podendo os proprietarios abandonal-o.

O art. 494, pois, distingue duas especies de responsabilidade dos proprietarios e compartes do navio: 1.º pelas dividas para o concerto e aprovisionamento do navio: 2.º pelos actos illicitos do capitão. E limita o abandono á segunda parte, quanto aos actos prejudiciaes do capitão, conforme a theoria do antigo Codigo Hespanhol, sectario da doutrina de Valin.

Aliás, o Direito Maritimo tende hoje a assentar a limitação da responsabilidade dos proprietarios, tanto pelos actos licitos, quanto pelo illicitos, praticados pelo capitão, facultando sempre o abandono liberatorio.

Funda-se elle na equidade, porque: 1.º ha difficuldade de fiscalizar os actos do capitão ausente; 2.º a lei exige que o capitão seja escolhido dentro de uma certa classe de pessoas com capacidade especial; 3.º o capitão não é um mandatario como outro qualquer, é senhor absoluto a bordo e, ás vezes, collocado em situação de não poder de prompto se communicar com os proprietarios ou armadores.

Além disto, ha uma razão de ordem economica: a tendencia de separar a fortuna de mar da fortuna de terra, afim mesmo de facilitar a armação e expedição de navios, limitando os riscos.

Tudo isto tem influído para que se generalisasse a doutrina da limitação da responsabilidade. E o Congresso de Genova, em 1892, encarou o navio como uma pessoa juridica distincta, para limitar toda a responsabilidade ao valor do navio.

102. — O abandono que o nosso Codigo permite, afim de se eximirem os proprietarios da responsabilidade em que hajam incorrido

pelos actos illicitos do capitão, deixando o navio aos credores para que por elle se paguem, chama-se abandono liberatorio (*abandon*), distinguindo-se do abandono commum, subrogatorio, (*délaissement*). E' aquelle abandono uma especie de cessão de bens, porque importa quitação de toda a responsabilidade, pela simples entrega do navio.

O Codigo falia em "abandono do navio e fretes vencidos e a vencer na respectiva viagem". Portanto, para que o abandono possa liberar os compartes, é preciso que comprehenda o navio e os fretes vencidos e a vencer.

Mas, conforme o principio da unidade, identidade e indivisibilidade do navio, na expressão "navio" empregada pelo Codigo, comprehende-se não só o corpo, como todos os accessorios do navio, excluindo-se apenas o que, achando-se a bordo, não faz parte dos accessorios.

O abandono comprehende, pois, o corpo do navio e seus accessorios, isto é, tudo que faz parte integrante do navio; não comprehende as victualhas ou mantimentos existentes a bordo, que não são parte integrante do navio, nem comprehende o carregamento, que é distincto do navio.

Neste ponto, quando a carga embarcada pertence aos proprietarios do navio, as opiniões divergem: alguns pretendem que então o abandono abrange tambem a carga. Entendemos que a carga não pode, em caso algum, ser comprehendida no abandono: a reunião accidental das qualidades de proprietario e carregador na mesma pessoa, não autoriza a considerar a carga como parte integrante do navio.

Outra questão que os autores discutem é a de saber si o valor do seguro do navio deve ser comprehendido no abandono liberatorio. A maior parte das legislações, entre ellas a belga e a ingleza, dispõem que a indemnização paga pelo segurador não é comprehendida no abandono:

1.º porque ha conveniencia de fomentar os contractos de seguro, que são medidas de previdencia, 2.º pelo principio da separação da fortuna de mar da de terra. Sendo os premios do seguro pagos pela fortuna de terra, não estão sujeitos aos riscos do mar e, portanto, o seguro não entra no abandono.

E' esta a opinião seguida geralmente. Cresp sustenta o mesmo principio, dizendo ser preciso fazer distincção entre o seguro maritimo e o caso do credor hypothecario.

Quando o objecto hypothecado está seguro, a indemnização do seu valor fica subrogada ao credor hypothecario. Ora, affirmam alguns autores, si no caso de sinistro do objecto hypothecado, isto se dá, no caso do abandono do navio deve-se applicar o mesmo principio. Cresp, então, combate semelhante argumentação, mostrando como a disposição da lei franceza é excepcional e tem em vista favorecer o credor hypothecario.

Em nossa lei hypothecaria de 1890 (Decreto n. 169 A) ha uma disposição identica, no art. 2.º § 3.º Mas, como não temos hypotheca maritima, apesar do Decreto n. 848 de 1890 haver dado attribuições aos Juizes Seccionaes para julgarem questões de hypothecas maritimas, e como até hoje não possuímos direito substantivo a respeito, existindo entre nós unicamente hypothecas sobre immoveis, claro está que não tem applicação em nosso Direito o raciocinio empregado pelos escriptores a quem Cresp combate; e, portanto, o preço do seguro não pode ser comprehendido no abandono liberatorio.

103. — O art. 494 falia em fretes vencidos e a vencer na respectiva viagem. Isto quer dizer que o abandono só abrange os fretes relativos á viagem em que elle se der; os outros já entraram para a fortuna de terra dos proprietarios ou armadores?

E si o frete fôr fixo ou por tempo determinado? Calcula-se então o frete proporcional ao tempo decorrido e o abandono se dá quanto ao relativo áquella viagem.

Tratando-se de um contracto de fretamento de ida e volta, o frete é considerado como sendo de duas viagens e fica sujeito ao abandono só metade delle.

O frete é uma indemnização paga pelo serviço prestado pelo navio á carga: é um fructo civil do navio, mas representa duas rendas ou se divide em duas partes — uma destinada a indemnizar as despesas feitas — e outra — que constitue o lucro dos armadores; este ultimo é o frete liquido, os dous juntos são o frete bruto.

E como o Codigo falia apenas em frete, é interessante saber si os armadores devem abandonar o frete bruto ou sómente o frete liquido.

E' grande a divergencia entre os autores; os que sustentam que o abandono se refere unicamente ao frete liquido, dizem: 1.º que a lei fallando em *frete*, evidentemente queria dizer frete liquido, ou o lucro dado pelo navio; 2.º que as despesas feitas para o navio poder viajar, sahem da fortuna de terra e não da fortuna de mar e, portanto, a querer-se comprehendel-as no abandono, seria offender a fortuna de terra.

Os seus oppositores respondem: 1.º que onde a lei não distingue, a ninguem é licito distinguir; 2.º que, desde o momento em que se sujeitou aos riscos do mar a fortuna de terra, esta corre effectivamente aquelles riscos.

Embora predominante o principio da separação das fortunas, parece que deve prevalecer a doutrina dos que affirmam fazer-se o abandono de todo o frete e não só do frete liquido, quer porque o Codigo falia de frete em geral, sem distinguir, quer porque, na pratica, seria difficil distinguir a parte do frete que é despesa, da parte que é lucro. Para

armar o navio fazem-se despesas em geral e seria impossivel tomar englobadamente a parte a excluir do abandono.

Ha ainda uma especie de indemnização feita pelos consignatarios do navio ao capitão, chamada *chapéo do capitão*. Entra elle no abandono? Si representa uma majoração do frete, si é destinado a augmental-o, deve seguil-o, portanto, tambem fica sujeito ao abandono. Mas, si é uma gratificação pelos cuidados do capitão com a carga, torna-se uma especie de salario a maior e não um lucro auferido pelo capitão e, então, escapa ao abandono.

104. — Alguns Codigos exigem para o abandono a fórma solemne, outros a fórma por escripto; o nosso é mudo a respeito.

O abandono não é uma excepção *in limine litis*, que deva ser opposta logo: em qualquer tempo da causa pode se dar o abandono. Na omissão da lei, è isto o que aprendemos dos princípios geraes. E neste sentido temos um accordão do antigo Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Agosto de 1889, confirmado por decisão da Côte de Appellação desta Capital em 1890.

O abandono assim feito, considera o navio em qualquer situação que elle se ache, mesmo afundado ou perdido.

XIX

Do capitio ou mestre e da equipagem. — Direitos e obrigações do capitão.

105. — Capitão, mestre, patrão e commandante são expressões synonymas, que, segundo a importancia da embarcação, designam a pessoa nomeada pelos proprietarios ou armadores para governar o navio e dirigir a expedição.

O art. 426 do Codigo Commercial portuguez define capitão ou mestre — a pessoa encarregada do governo e expedição do navio. E o art. 497 do nosso Codigo apresenta, pelo seu laconismo, um conceito exacto do cargo de capitão — o commandante da embarcação.

Estudar as funcções do capitão e o seu character juridico é estudar todo o Direito Maritimo: todas as relações contractuaes do navio dizem respeito mais ou menos remotamente, ao capitão.

Para dar uma idéa da importancia do capitão, o velho juiz Targa costumava dizer que o capitão do navio deve ser provido, prudente, pacifico, poderoso e prodigo. Dizem os inglezes que o capitão vem logo abaixo de Deus, pois sobre elle recahem todas as responsabilidades do navio, dos passageiros e da carga.

O capitão tem direitos e deveres em relação aos proprietarios ou armadores, em relação á tripulação sob seu commando, em relação aos passageiro, em relação á carga e aos carregadores e em relação aos seguradores, quer se trate de funcções de ordem privada, quer o capitão desempenhe funcções de ordem publica

Como representante da autoridade publica, da qual a lei lhe dá uma parcella, o capitão mantém a ordem a bordo, impõe penas disciplinares e processa a culpa pelos delictos commettidos no navio (art. 498 do Codigo Commercial); constata nascimentos e obitos que tenham lugar a bordo e pode mesmo, em casos extremos, celebrar casamentos e escrever testamentos: funcções todas de natureza publica.

O capitão é tambem um orgam de informação publica, porque é obrigado a apresentar relatorios das suas viagens aos Consules brasileiros nos portos a que chegam, relatorios esses que baseiam informações prestadas ao Governo.

Por ahi se avalia a importancia do papel que o capitão representa, no caracter publico.

As suas funções de caracter privado podem ser apreciadas:

a) com relação aos armadores e proprietarios. O capitão, nomeado pelos armadores ou proprietarios, é um mandatario e, ao mesmo tempo, locador de serviços, ao passo que a tripulação é apenas locadora de serviços. O capitão representa os armadores como feitor, enquanto dirige a tripulação, e como mandatario geral, enquanto pode empenhar a responsabilidade dos armadores e até vender o navio, mediante as cautelas da lei; e empenha essa responsabilidade não só pelas dividas que contrahir para concertar e aprovisionar o navio, mas ainda pelos delictos e quasi delictos que praticar. Nestas condições reputa-se autorizado, independente de qualquer mandato, a agir em tudo, desde que os armadores não estejam presentes, quer em viagem, quer nos portos.

b) com relação aos carregadores. Lyon — Caen e Renault e a jurisprudencia franceza têm acceito que o capitão é mandatario dos carregadores, por que os representa e está autorizado a praticar actos de providencia. Esta theoria é victoriosamente com batida por De Courcy, que demonstra não se poder considerar o capitão como mandatario dos carregadores e sim como depositario da carga. Não é á pessoa do capitão que se encarrega o transporte da carga; o contracto de transporte é celebrado entre os armadores e carregadores e, quando o fosse entre os carregadores e o capitão, este fal-o-ia como mandatario e representante dos armadores.

Por isso o capitão não é mandatario dos carregadores, mas depositario da carga, como estabelece o art. 519 do nosso Codigo Commercial.

c) com relação aos seguradores. Da mesma forma, o capitão não é mandatário dos seguradores, mas depositário do objecto seguro, porque o contracto de seguro é feito com os armadores ou com os carregadores.

106. — O capitão pode ser considerado commerciante? Segundo o criterio que adoptámos, o capitão não é sinão um agente auxiliar do commercio, nunca um commerciante, visto não reunir os requisitos indispensaveis.

1.º Elle não age em seu proprio nome, age sempre em nome do armador e não pessoalmente, a não ser nos actos delictuosos ou quasi delictuosos que praticar.

2.º Não ha propriamente no capitão o escopo de lucro que constitue a especulação commercial. Ainda que seja pago por uma quota do frete, não se pode considerar como sendo socio dos armadores, visando um lucro; ainda que receba o seu salario por uma quota dos lucros, recebe sómente a remuneração dos seus serviços, como um locador de serviços.

3.º Accresce que o capitão não opera por conta propria, mas por conta do seu preponente, o armador.

Assim, elle não é um commerciante, mas um agente auxiliar do commercio, sujeito á jurisdição commercial em virtude das funções que exerce.

E' verdade que muitas vezes, e especialmente na pequena navegação, o capitão pode ser proprietario ou comparte do navio, fazendo-o navegar em seu nome e por sua propria conta. Neste caso o capitão é commerciante, não em razão do officio de capitão, mas porque accumula as funções de proprietario, armador e capitão. São funções

que não se confundem: como capitão elle é locatario de serviços, como armador é commerciante.

107. — O art. 496 do Codigo Commercial exige tres condições para se poder exercer o commando de embarcação nacional: nacionalidade, domicilio e capacidade civil.

Pela exigencia da nacionalidade brasileira no capitão, introduziu-se um systema de simulação — a criação dos *capitães de bandeira*—: um individuo de nacionalidade brasileira ficava a bordo e entregava a um pratico o commando do navio.

A Lei n. 1177 de 9 de Setembro de 1862 e o Decreto n. 1198 de 16 de Abril de 1864 derogaram essa disposição do Codigo, relativa á nacionalidade, com o intuito de facilitar a navegação de cabotagem.

Mas a Lei n. 123 de 11 de Novembro de 1892, regulamentando o preceito constitucional da nacionalisação da cabotagem, voltou a exigir a nacionalidade brasileira dos capitães de navios brasileiros, attendendo tambem ás funcções publicas que elles desempenham (art. 3.º n. 2.º).

Hoje, portanto, o commando das embarcações brasileiras só pode ser exercido por brasileiros, sob pena de perderem ellas a nacionalidade.

O capitão deve tambem ter domicilio na Republica e possuir capacidade civil. Comprehende-se bem que esse cargo não pode ser preenchido por um menor ou um incapaz, mas deva sel-o por quem tenha as condições necessarias para ser commerciante.

108. — Dividem-se em tres partes as funcções, direitos e deveres do capitão: antes da viagem, durante a viagem, depois da viagem.

Antes da viagem, o capitão escolhe a equipagem (art. 499 do Código). A elle principalmente deve incumbir essa escolha, porque é sob suas ordens que a equipagem vai servir. Si os armadores estão presentes, faz-se a escolha de accordo com os armadores. Nas grandes companhias, a tripulação é formada pelos armadores, mas em qualquer hypothese, o capitão tem o direito de não acceitar individuos que não sejam de sua confiança.

O capitão deve ter uma escripturação regular em tres livros (art. 501): o *livro da carga* pela qual é responsavel, o da *receita e despesa da embarcação*, como locador de serviços que elle é, obrigado a prestar contas aos armadores, e o *diario da navegação*, que é o mais importante. Neste se assenta diariamente tudo quanto diz respeito á vida e á viagem da embarcação. E' o historico da embarcação, do mesmo modo que o diario dos commerciantes o é do seu negocio.

Os capitães, em geral, não comprehendem bem a importancia deste livro, deixam a escripturação atrasada, de modo a resultarem dahi danos, principalmente nos casos de avaria grossa. Não se achando em dia a escripturação, não se pode lavrar um termo de sinistro immediatamente, para não desobedecer á ordem chronologica; acontece então não se poder, de momento, pôr em ordem a escripturação e como a lei exige que o protesto pelo sinistro se faça antes da deliberação sobre as medidas extraordinarias a tomar e se ratifique dentro de 24 horas, depois da chegada ao porto, muitas vezes não ha tempo material e dahi a invalidade do protesto e, como consequencia, prejuizos avultados.

Os outros direitos e deveres do capitão constam dos arts. 506 a 537 do Código, que omittimos por brevidade.

Secção 2ª

Dos Fretamentos

XX

Natureza e fôrma do contracto de fretamento. — Cartas partidas — Direitos e obrigações do fretador e do afretador.

109. — Tres modalidades diversas pode soffrer a cessão do uso de uma embarcação de alto mar, por certo preço: *a)* simples aluguel, *b)* contracto de fretamento ou carta partida, *c)* contracto de transporte no sentido restricto, tambem chamado contracto de conhecimento.

Quanto ao aluguel do navio, nada de particular ha a dizer, visto se tratar de uma simples locação, identica a qualquer outra locação de cousa e regendo-se pelos mesmos principios de Direito Mercantil.

Pelo contracto de aluguel, os donos ou armadores do navio cedem o seu uso por tempo determinado e por um certo preço, que se chama — aluguel — mas que se costuma tambem chamar — frete — por extensão e impropriamente. Dissemos — por tempo determinado e preço certo — porque o Codigo Commercial (art. 226) menciona esses como sendo caracteristicos da locação mercantil, á qual se identifica a locação do navio.

O contracto de fretamento é um contracto *sui generis*, diverso não só do contracto de aluguel, com o qual não se confunde, como do contracto de transporte por mar propriamente dito, tambem chamado contracto de conhecimento.

Pelo contracto de fretamento, propriamente tal, os proprietarios ou os armadores entregam o navio armado e tripulado, prompto para a navegação.

E' este um contracto de locação de cousa, mas ha nelle mais do que uma simples locação de cousa, porque os donos ou armadores não se limitam a entregar a embarcação ao locatario, para que use della conforme quize; além da locação de cousa, ha tambem locação de serviços, porque os armadores se obrigam a prestar ao locatario, os serviços do capitão e da equipagem. Descobre-se, portanto, uma complicação da locação de cousa com a locação de serviços.

Pelo contracto de fretamento os proprietarios ou armadores, que se chamam — fretadores — proporcionam a quem toma a embarcação a frete — afretador — o uso della, por inteiro ou em parte, por tempo determinado ou indeterminado, por um certo preço, obrigando-se a receber a carga que o afretador estipular e a transportal-a ao porto de destino, fazendo ahi a sua entrega.

O contracto de fretamento tem tambem o nome de contracto de carta partida. Este nome, designação tradicional, vem do uso de se lavrar o termo do contracto em fôrma de carta e cortar-a em sentido diagonal, ficando cada contractante com uma parte, que era depois ajustada á outra, quando preciso.

Os vestigios dessa tradição permanecem; hoje não se costuma partir o documento, mas as cartas de fretamento trazem como signal um traço diagonal de cor differente, que assignala as duas partes.

O contracto de fretamento deve provar-se por escripto (art. 566 do Codigo). O nosso Direito admite a necessidade do escripto, ou para prova dos contractos, ou como da substancia delles. Quando a lei diz que o contracto se pode provar por escripto, em geral, o escripto não é da essencia do contracto, mas o meio que a lei proporciona para desde logo presumir a vontade dos contractantes, sendo que, na falta do escripto, pode-se supprir pela confissão em Juizo, ou por outras provas. Quando, porém, a lei diz, como no art. 566, que o contracto se deve provar por escripto, segue-se que o escripto é da substancia do contracto.

Assim, o escripto é da substancia do contracto de fretamento, como se vê no art. 566 do Codigo, confirmado pelo art. 150 do Regulamento n. 737 de 1850; é essencial para a existencia do contracto.

Quasi todas as legislações seguem a mesma regra, salvo algumas, como a belga, que permite qualquer meio de prova para o contracto de fretamento. Valin, Pothier, Desjardins, Pardessus, Mas-set, Cresp, entendem que o escripto não é essencial no contracto de fretamento, embora o uso do commercio não dispense a exhibição do contracto.

A carta partida, escripta e assignada pelas partes, está perfeita; mas, como ella interessa e tem de produzir effeito tambem entre terceiros, — taes como carregadores, seguradores, etc.— a lei exige o seu registro na Junta Commercial (art. 568 do Codigo) e, quando feita com a intervenção de um corretor de navios ou tabellião e duas testemunhas, lhe dá o valor de instrumento publico (art. 569).

110. — Para que haja contracto de fretamento na sua essencia, é necessario: 1.º a existencia da cousa — o navio — em condições de navegabilidade; 2.º o accordo das vontades do fretador e do afretador; 3.º a estipulação de um frete, como resultado da locação de cousa e da locação de serviços.

A ausencia do frete, embora indeterminado, importaria desnaturar o contracto de carta partida, transformando-o num commodato ou num emprestimo do navio; não haveria o contracto de fretamento.

O navio pode ser fretado por inteiro ou em parte.

O navio fretado por inteiro obriga o fretador a pô-lo todo á disposição do afretador; mas, mesmo no silencio do contracto, fica entendido excluir-se a camara do capitão, os agasalhados da equipagem e

o lugar do material proprio da embarcação (art. 570). No contracto de aluguel, o navio é todo entregue ao locatario; no fretamento, visto serem prestados os serviços de capitão e equipagem, é natural que se reserve a camara do capitão e o mais necessario á equipagem e material de bordo.

O fretamento pode ser por tempo determinado ou indeterminado: é determinado quando se freta o navio por dias, mezes ou annos, indeterminado quando por viagens simples ou redondas de ida e volta.

O art. 567 determina as enunciações que deve conter a carta partida. Si o essencial do contracto é a existencia da cousa, o accordo das vontades e o frete, não deixa de ser conveniente que se façam todas as enunciações que esclareçam as obrigações reciprocas.

Embora o art. 567 diga que a carta partida *deve* enunciar o que vem em seguida, é claro que, designando-se o nome do navio, algumas das outras declarações são desnecessarias, attendendo-se a que ellas constam do Registro Maritimo. Pedir a annullação de um contracto de fretamento, por não conter todas aquellas declarações, seria absurdo.

I.º Desde que se mencione o nome do navio, de modo a discriminall-o de outro qualquer, a prescripção do art. 567 n. I.º está satisfeita. Importa muito ao afretador conhecer o navio, a sua idade, construcção etc; uma vez que não se possa ter duvida sobre o navio, as outras enunciações não são essenciaes, não podem, pela sua omissão, annullar o contracto.

Assim tambem quanto ao nome do capitão. Depois que se fundaram as grandes companhias de navegação, as obrigações do Direito Maritimo se deslocaram e se transformaram; o afretador trata com os agentes da companhia e portanto, a declaração do nome do capitão é cousa secundaria a que se obedece mais por tradição do que pela importancia que tenha.

Tudo isto mostra quanto as disposições do nosso Codigo estão fóra do tempo.

2.º Sendo o fretamento um contracto, deve mencionar o nome das partes contractantes, embora nos Estados Unidos já se admittam contractos de locação ao portador. O domicilio authentica melhor a personalidade dos contractantes.

3.º A designação da viagem tem por fim fixar o tempo do fretamento.

4.º A menção do genero e quantidade da carga não é tão necessaria como parece. A qualidade sim. é essencial, porque a falta de menção poderia acarretar prejuizos não previstos pelo fretador. já que ha navios apropriados para certas qualidades de carga, como inflammaveis, etc. Por falta de menção da qualidade da carga, o contracto seria de aluguel e não de fretamento. Quanto ao peso e numero, são desnecessarios desde que se conheça a capacidade do navio pelo Registro de matricula.

5.º Si houver portos de escala, é mister mencional-os, porque ha alguns que as proprias companhias seguradoras excluem, devido aos perigos que offerecem á navegação. Não se os mencionando, o navio, ao ter de tocar nelles. correria um risco não previsto.

As estadias são o tempo marcado para a carga e descarga do navio, que, ou se indicam nas cartas de fretamento, ou se regulam pelos usos do porto. E' costume conceder uma ou mais sobre estadias, além da estadia, o que pode alterar as condições do embarque ou desembarque,

6.º O frete é essencial, como já vimos, e tanto que sem frete não ha contracto de fretamento.

Por primagem entende-se o chapéo do capitão, de que nos occupámos anteriormente,

Com as clausulas essenciaes e mais aquellas que as partes estipularem, o contracto de fretamento está perfeito.

111. — Elle se dissolve pelos mesmos modos que todos os contractos em geral e mais por outros modos especiaes do Direito Maritimo.

São modos geraes: o accordo das partes contractantes. a inexecução do contracto por alguma dellas e a força maior.

Havendo accordo para a dissolução, elle dirá em que condições se dissolve o contracto. Si é por inexecução, seguem-se os principios de Direito commum, isto é, tem lugar a indemnização dos prejuizos causados *non adimpleti contractus* ou *non rite adimpleti contractus*. A força maior pode se dar, ou por vicio da propria cousa, ou por um acto inesperado, natural ou decorrente de uma deliberação da autoridade.

Quando a força maior resulta de vicio do navio, pelo seu perecimento, segue-se o principio geral *res perit domino*; o contracto fica sem objecto e, portanto, não cabe acção de perdas ou danos. Um acto inesperado, quer natural, quer proveniente de autoridade, acarreta tambem a rescisão do contracto sem obrigação de indemnizar perdas e danos. Assim, o acto do Principe que impeça a navegação, faz rescindir o contracto, sem haver lugar a indemnização, como preceitua o art. 609 do Codigo.

Esse é o espirito do nosso Codigo, pelo qual se molda tambem o art. 571, em cujas hypotheses se dá o rompimento do contracto, sem composição de perdas e danos, quer seja antes, quer durante a viagem.

No Direito Allemão, ao contrario, o rompimento do contracto só não acarreta indemnização de perdas e danos num verdadeiro caso de força maior; o rompimento proveniente de um acto administrativo dá margem a perdas e danos.

O art. 574 trata de um caso especial de isenção, para o afretador, de pagar perdas e danos pela rescisão do contracto: quando o capitão occulta a verdadeira bandeira do navio. A bandeira cobre o navio; portanto, si falha a garantia do pavilhão, porque falso, o afretador illudido pela fraude, si rescindir o contracto, não está obrigado a perdas e danos; pelo contrario, o capitão é que deverá indemnizar os que o afretador tiver tido. Em primeiro lugar responde o navio, e só quando o seu valor não chegar para satisfazer o prejuizo, é que o capitão fica pessoalmente responsavel.

112. — Os direitos e obrigações do fretador e do afretador resumem-se nos seguintes:

a) O fretador é obrigado: 1.º como locador de cousa, a pôr o navio á disposição do afretador, nos prazos e condições determinadas, e lestes a navegar; 2.º como locador de serviços, a transportar a carga dentro dos prazos convencionados e entregal-a no porto de destino; 3.º como depositario, a zelar a carga devidamente, para que possa chegar em bom estado ao porto de destino.

b) O afretador tem obrigação de pagar o frete com todas as gratificações, primagens, etc, e a operar a carga e descarga dentro do prazo determinado.

Eis ahi em resumo, todas as disposições do nosso Codigo, a respeito, do art. 590 ao art. 628.

XXI

Dos conhecimentos.

113. — No contracto de fretamento, como acabamos de ver, ha um contracto de locação de cousa, e de locação de serviços: o fretador dá ao afretador o uso da embarcação toda ou em parte e constitue-se guarda da mercadoria embarcada.

No contracto de transporte, que dá origem ao conhecimento, ha apenas um contracto de locação de serviços, embora se effectue pelo uso de uma parte, ainda que indeterminada, da embarcação e um deposito. No contracto de transporte ou de conhecimento, embora o dono do navio se obrigue a dal-o para o transporte de mercadorias, não ha determinação de cousa, de modo a produzir uma locação de cousa.

O Codigo faz alguma confusão entre o contracto de fretamento e o de conhecimento. Mas a distincção se estabelece desde logo.

No contracto de fretamento é essencial a determinação do navio ou da parte do navio que é fretada, ao passo que no contracto de conhecimento pode se abstrahir completamente da circumstancia da determinação da cousa locada, de uma determinada embarcação. Hoje, que o contracto de transporte é feito directamente com as agencias das grandes companhias de navegação, as quaes têm vapores do mesmo typo mais ou menos, nem se cogita, como cousa essencial, do nome da embarcação que fará o transporte. E' indifferente para o contractante, salvo em questão de maior ou menor antecipação de tempo, que o vapor seja A ou B; elle se dirige á companhia, já conhecendo previamente o typo dos navios qne esta possui, não deixa de levar em conta, naturalmente, que um ou outro navio lhe mereça maior confiança, mas, no fundo, é cousa de pouca monta a determinação do navio, porque não se faz questão delle.

Deste modo, descobrimos no contracto de conhecimento um contracto propriamente de transporte, isto é, uma especie particular da locação de serviços, em que o armador se obriga a transportar por mar a mercadoria, desde o porto de embarque até o porto de destino, guardando-a convenientemente. E' um contracto de locação de serviços, complicado com o de deposito.

Dessa differença entre o fretamento e o transporte resulta a differença entre a carta partida e o conhecimento, instrumentos respectivos de cada um dos dons contractos.

A carta partida prova a existencia de um contracto de locação, o conhecimento prova a existencia da mercadoria a bordo, representando a responsabilidade do capitão pela mercadoria embarcada.

O conhecimento incorpora a posse, a disposição da mercadoria; é um titulo de credito a que se chama letra de cambio do mar. Dahi resultam importantes effeitos: 1.º elle faz prova provada da existencia, a bordo do navio, das mercadorias que menciona, com obrigação para o capitão, de entregal-as no porto de destino; 2.º representa a propria mercadoria e constitue um titulo, si não de propriedade, ao menos de posse.

Tendo, assim, o character de verdadeiro titulo de credito, decorre dahi a possibilidade e a facilidade de se transferir o conhecimento, transferindo *ipso facto* as mercadorias que elle representa e o direito de dispôr dellas.

O art. 576 do Codigo mostra que o legislador tinha, pelo menos, a intuição da differença radical entre a carta partida e o conhecimento. Diz elle “sendo a carga tomada em virtude de carta de fretamento, o portador do conhecimento.”, etc.” Isto significa que o conhecimento pode não ser originado de um contracto de fretamento. E com effeito: o fretamento pode existir com ou sem conhecimento; e o conhecimento pode resultar de um contracto de fretamento ou existir sem esse contracto; no primeiro caso o conhecimento completa o fretamento, provando o effectivo embarque das mercadorias.

O fretamento vale independente da effectiva realização do transporte da carga; o contracto de conhecimento, porém, só se pode

formar pela real expedição do conhecimento, em virtude de estarem as mercadorias a bordo.

Os contractos de fretamento estão hoje quasi limitados a certas especies de mercadorias; os de transporte são de frequencia incomparavelmente maior.

114. — O art. 575 do Codigo enumera as declarações que devem constar do conhecimento. Elle pode ser passado em nome do consignatario, á ordem e ao portador, embora o Codigo não o declare expressamente. O Decreto n. 177 A de 15 de Setembro de 1893 só prohibe que sejam passadas ao portador obrigações pagaveis em dinheiro; ora, o conhecimento não é obrigação de pagar em dinheiro e sim de entregar mercadorias; logo pode ser passado ao portador.

Entre nós, não se usa conhecimento com a clausula ao portador, como em alguns paizes, porque a clausula á ordem equivale áquella. Na letra de cambio ou nos titulos de credito emittidos á ordem, menciona-se o nome do portador, a quem se faculta a transferencia a qualquer outra pessoa; diz-se, por exemplo "Pague-se á ordem de Fulano". Mas nos conhecimentos, a clausula á ordem tem uma especialidade e originalidade: é que nelles, quando são passados á ordem, não se declara o nome do primeiro portador, diz-se apenas "á ordem". Assim sendo, um conhecimento á ordem é um verdadeiro conhecimento ao portador.

O conhecimento nominativo é transferivel por endosso; o conhecimento á ordem, não mencionando o nome do consignatario, não precisa de endosso para ser transferido. Quem quer que o tenha, pode receber a mercadoria, sendo, pois, um titulo ao portador; na sua essencia.

O n. 2.º do art. 575 falia da qualidade e quantidade da carga. Esta declaração é essencial, ao contrario do que se passa na carta partida. Sendo o conhecimento um contracto de estricto rigor formal e

representando as mercadorias, é claro que deve declaral-as especificadamente.

115. — O Codigo não determina o numero de vias do conhecimento que devem ser assignadas, diz sómente que o capitão deve assignar tantas quantas lhe forem exigidas, numerando-as. A pratica admite quatro vias do conhecimento.

Dahi acontece não se saber, muitas vezes, a quem pertencem as mercadorias, quando as differentes vias do conhecimento vão ter ás mãos de diversas pessoas, quer sejam aquellas nominativas, quer á ordem.

Nesse caso o capitão liberta-se da responsabilidade, depositando as mercadorias em Juizo, como determina o art. 583 do Codigo. Mas o Juiz como decidirá?

Tratando-se de conhecimentos endossados, os autores opinam pela preferencia do endosso anterior em data. Si não estiverem endossados e fórem á ordem, Vivante, com toda razão, opina que se deve decidir a questão não pela posse que o titulo dá mas pela propriedade; o Juiz julgará conforme a prova da propriedade da mercadoria.

O conhecimento representa a posse e a disposição da mercadoria, dá a presumpção da propriedade, que desaparece diante de prova em contrario. Si os portadores do conhecimento se apresentam com o mesmo titulo de posse, tem todo o fundamento Vivante, doutrinando que a questão deve ser decidida pela propriedade, para o que o Juiz obrigará as partes a justificarem-n'a.

A lacuna do nosso Codigo, deixando de limitar o numero de vias do conhecimento, é bem sensivel; torna-se muito mais difficil provar a propriedade da mercadoria e dirimir a duvida, quando não se sabe quantas vias do conhecimento foram emittidas.

116. — O conhecimento facilita a negociação das mercadorias ainda em viagem; apenas hajam sido embarcadas, o carregador pode girar o conhecimento, vender essas mercadorias, com a sim exibição do proprio conhecimento.

Grande é, portanto, o serviço que este documento presta e grande também a necessidade de revesti-lo de toda a segurança, de modo a facilitar a sua circulação.

Secção 3^a

Do contracto de seguro marítimo

XXII

Da natureza e fôrma do contracto de seguro marítimo.

117. — O contracto de seguro marítimo é um dos de mais frequente uso no commercio. A previdencia do seguro generalizou-se de fôrma tal, que em nenhuma praça de commercio é desconhecida, sendo largamente empregada por todos os commerciantes, que têm occasião de sujeitar aos riscos de mar mercadorias e bens de qualquer especie: é uma medida dictada pela prudencia e á qual ninguém se furta.

O contracto de seguro marítimo é, portanto, universal e usado com grande vantagem, porque traz a segurança da fortuna entregue aos riscos da navegação.

Discute-se a origem desse contracto que alguns autores vão logo buscar no Direito Romano, estabelecendo larga controversia na indagação dessa origem.

No desconhecimento de textos legislativos e de fragmentos de jurisconsultos, procura-se entre os historiadores alguma menção, para saber si os Romanos conheciam o contracto de seguro marítimo, recorrendo-se em vão aos textos de Tito Livio, Suetonio e Cicero (em que aliás se descobrem noções da letra de cambio).

Foi preciso a illustração de Cresp para mostrar que a origem do contracto de seguro marítimo não deve ser buscada nos historiadores romanos nem nos publicistas, mas que é incontestavel a existencia d'elle em textos expressos do Digesto, que comprovam ser a sua origem anterior á codificação do Direito Romano. Cresp demonstra a existencia do seguro no cambio marítimo, conhecido pelos Romanos sob o nome de

nauticum foenus, que elles haviam recebido dos Rhodios e do qual ha vestígios entre os Athenienses.

O contracto de cambio marítimo não é mais do que a reunião de dous contractos de natureza diversa, que se associam para um fim determinado: o contracto de mutuo e o contracto de seguro.

O contracto de cambio marítimo consiste em alguém emprestar a algum interessado na expedição do navio, uma certa quantia, a determinado premio, ficando com o penhor do navio ou das mercadorias nelle embarcadas e sujeitando-se a perder aquella quantia no caso de perda do navio ou das mercadorias embarcadas. Ha, portanto, além do mutuo, uma *aversio periculi*, a transferencia do prejuizo, do proprietario para o dador.

Pelo contracto de mutuo a propriedade da somma mutuada passa para o tomador do emprestimo, isto é, para o mutuário; e, pelo principio *res perit domino*, si esta somma vier a perecer, perece por conta do mutuário, que fica obrigado a pagar-a ao mutuante, sem que possa invocar a perda. Intervém então a clausula pela qual este perigo, que o navio ou carga iriam correr, se transfere do mutuário para o mutuante. E' uma clausula distincta do contracto de mutuo, é o proprio contracto de seguro.

Assim, o contracto de cambio marítimo reúne em si dous contractos diversos — o mutuo e o seguro; o dador, além de emprestar o dinheiro, toma a si o risco que elle correr, havendo deslocação do perigo do mutuário para o mutuante.

Deste modo vemos que o contracto de seguro era conhecido dos Romanos, sob a fórma do *nauticum foenus* que, como a *lex rhodia de jactu*, elles houveram dos Rhodios.

A tarefa dos commerciantes, posteriormente ao Direito Romano, foi separar os dous contractos, tomal-os distinctos. Em vez de haver um mutuante que empreste dinheiro sobre o navio, ha um segurador que se limita a assumir o risco corrido pelo navio ou mercadorias embarcadas. Assim, o contracto de mutuo é um, e o de seguro outro; o segurador cifra-se apenas á *aversio periculi*, corre o risco mediante um premio exclusivamente.

O seguro, como contracto autonomo, independente do mutuo, appareceu pela primeira vez na Italia, nos Estatutos de Genova, do seculo XV, segundo uns, ou nos Estatutos de Barcelona, do mesmo seculo, segundo outros. Foi na Italia que elle se desenvolveu e dahi passou para a Hollanda e França e, depois das Ordenanças de 1781 e doCodigo Napoleão de 1807, se espalhou por toda a parte. Em Portugal, o Alvará de 22 de Novembro de 1684 se refere a um outro Alvará de 1641 e a uma Provisão de 1660, relativas ao seguro.

Posteriormente, a Lei de 11 de Agosto de 1791 regulou as casas de seguro de Lisboa, sendo reformada em 30 de Agosto de 1820.

O nosso Codigo se occupa sómente do seguro maritimo, typo de todos os contractos de seguro. Mas, hoje, o seguro generalizou-se a toda a especie de riscos que o commercio possa correr, contra fogo, raio, quaesquer accidentes. proprio seguro de vida, reputado indecente e immoral outr'ora, está hoje propagado, apezar da prohibição do art. 686 do Codigo Commercial, que não foi respeitada.

Como o Codigo trata unicamente do seguro maritimo, as companhias entenderam ser licito tomar o risco sobre a vida de pessoas extranhas ao mar, e aos poucos passaram a fazel-o sobre a vida de qualquer pessoa em terra ou no mar, indiferentemente.

O proprio Governo approvou estatutos que isso dispunham, apezar da flagrante violação do art. 686 do Codigo.

A Lei n. 1083 de 22 de Agosto de 1860, no art. 2.º não deu ao Governo a faculdade de autorizar o funcionamento dessas companhias. E o Decreto n. 2711 de 19 de Dezembro de 1860, regulamentando essa Lei, no capitulo 7.º, art. 30, ao passo que distinguia dos montepios as sociedades de seguros de vida, dava a entender que podiam ser autorizadas pelo Governo, com esquecimento da prohibição do Codigo, cujo art. 686 foi assim derogado por um acto do Poder Executivo.

Foi baseado nesse Decreto que o Governo Imperial concedeu varias autorizações, até que, em 1895, a Lei n. 294 de 5 de Setembro regulou taes autorizações.

Hoje o assumpto é regulado pelo Decreto n. 5072 de 12 de Dezembro de 1903.

118. — O contracto de seguro maritimo é um contracto synallagmatico perfeito, porque si, por um lado, o segurador garante o segurado contra o risco do mar, que possa soffrer o objecto do seguro, por outro lado o segurado obriga-se a pagar, em compensação, uma somma determinada, que se chama — premio do seguro. O instrumento do contracto chama-se — apolice do seguro — (art. 666 do Codigo Commercial).

Mas, sendo um contracto synallagmatico perfeito, é meramente consensual, depende exclusivamente do accordo das vontades, comtanto que o objecto do contracto exista, visto como não ha contracto sem objecto:

Qual é o objecto do contracto? E' o objecto posto em risco. E' indispensavel que exista uma cousa que seja posta em risco; sem risco não ha contracto e esse risco define o contracto de seguro como um contracto aleatorio.

A alea do contracto de seguro não se confunde com a da aposta ou jogo, porque, neste, as partes contractantes operam sob risco, mas o risco é o unico objecto do contracto, ao passo que no contracto de seguro o objecto delle é a cousa posta em risco.

Em segundo lugar, na aposta se visa exclusivamente o lucro, mas o lucro de qualquer das partes; no seguro não, o lucro não é visado absolutamente pelo segurado, porque como diz Stracca, um dos fundadores do Direito Commercial moderno, *Assecuratus non quærit lucrum, sed agit ne in damno sit*. E, na aposta, não se descobre damno a evitar.

Finalmente o caracteristico moral que separa o seguro, da aposta é que, nesta, cada uma das partes visa o lucro para si, com detrimento da outra. No seguro, pelo contrario, nenhuma das partes tem interesse em que a outra soffra um prejuizo; o segurado, como o segurador, não tem interesse na perda do objecto, porque o seguro é apenas uma medida de prudencia, destinada a garantir o segurado contra os riscos do mar.

O Direito moderno tem dado mais amplitude ao principio — *Assecuratus non quærit lucrum, sed agit ne in damno sit* — permittindo que se inclua no contracto de seguro uma certa porcentagem de lucro, a que se chama geralmente — lucro esperado — correspondente a 10%, mais ou menos, do valor das facturas, segundo o uso mais geral das praças de commercio.

Não se entenda, porém, que este lucro esperado importe propriamente especulação sobre o risco; constitue apenas uma compensação que o segurado vai haver do segurador pelo desembolso do premio e despesas.

A porcentagem estatuida sobre o valor da factura, constitue, de alguma sorte, uma vantagem já adquirida pelo segurado, na occasião

em que põe a coisa em risco de mar, vantagem essa que o sinistro lhe fará perder, pelo que ainda nesta parte lhe occasiona um damno positivo, que elle evita pelo seguro. No seguro terrestre, porém, não é permittida tal porcentagem de lucro esperado.

119. — Desde que o segurado não visa lucro no seguro, este não é para elle um contracto de natureza commercial: o acto de commercio caracteriza-se pelo intuito de especulação e como, no contracto de seguro maritimo não ha esse intuito em relação ao segurado, o seguro não é um acto de commercio para elle, mas um simples acto de prudencia e previdencia individual, que traduz os seus interesses commerciaes, sem constituir todavia, em si, acto de commercio.

Em relação ao segurador é differente; este pratica um acto de commercio, porque assume a responsabilidade dos riscos, unicamente para auferir um lucro, o que constitue uma verdadeira especulação. O seguro, portanto, não é acto de commercio para o segurado, mas é para o segurador.

Convém, entretanto, advertir que a pratica moderna conhece uma especie de seguros puramente civis, em que não existe intuito de lucro, nem para o segurado, nem para o segurador: são os seguros mutuos que se podem fazer não só sobre a vida, mas tambem sobre riscos de incendio, raios, etc. e mesmo sobre a fortuna de mar.

Nada impede que os armadores e carregadores se combinem para isso, ficando, então, o segurador e o segurado reciprocamente segurado e segurador; não ha outra differença entre segurador e segurado, sinão a que se estabelece no momento do sinistro.

O seguro mutuo consiste em se combinarem diversas pessoas para segurem mutuamente suas fazendas: aquella que primeiro soffrer o risco, contra o qual fez o seguro, vai haver das outras a indemnização delle.

Não existe propriamente, no seguro mutuo, o que se chama premio, mas apenas uma contribuição necessaria para formar o capital segurador, de modo a garantir os seguros.

Ora, desde que não se vê aqui lucro, nem para o segurado, nem para o segurador, este contracto não pode ser considerado acto de commercio, fica excluido da jurisdição commercial, embora muitos commercialistas tratem delle.

A nossa lei, com effeito, exclue o seguro mutuo da jurisdição commercial. Embora o Decreto n. 8821 de 30 de Dezembro de 1882, que regulamentou a Lei n. 3150 de 4 de Novembro do mesmo anno, faça confusão entre soccorros mutuos e seguros mutuos, empregando aquella expressão em vez desta (art. 131) o Decreto n. 434 de 4 de Julho de 1891 falla expressamente em sociedades de seguros mutuos (art. 49) exceptuando-as das que são regidas pelas regras das sociedades anonymas. E' bem de ver que as sociedades de seguros mutuos não podem revestir a fôrma de sociedades anonymas, porque nestas é essencial a divisão do capital em acções e, nos seguros mutuos, só ha o capital constituido pelas entradas dos mutuantes para indemnizar o sinistro.

120. — O conceito contido no art. 666 do Codigo Commercial justifica o que dissemos em relação á natureza do contracto de seguro:

a) é um contracto synallagmatico porque, si o segurador se obriga a indemnizar o segurado, no caso de sinistro, o segurado, por sua vez, paga o premio do seguro ou uma quantia determinada, equivalente ao risco tomado.

b) é um contracto consensual, porque depende unicamente do accordo das vontades. Embora o Codigo exija, para prova do contracto e como seu instrumento, a Apolice, todavia reconhece-o subsistente, para

obrigar reciprocamente o segurador e o segurado, desde o momento em que as partes se convieram, assignando ambas a minuta.

A apolice, portanto, não é da substancia do contracto, é necessaria apenas para sua prova *ad solemnitatem* e, si não chegou a ser emitida, o contracto pode ser provado pela minuta contendo todas as declarações, clausulas e condições da apolice.

A jurisprudencia e a doutrina, porém, reconhecem que o seguro pode se fazer mesmo independente de minuta, pelo simples accordo das vontades. Assim, muitas vezes, pela correspondencia entre negociantes, pode se dar um contracto de seguro maritimo, capaz de gerar obrigações, independente de apolice e minuta.

O Codigo prohiu e annulla os contractos de sociedade em que um dos socios é isento das perdas sociaes; mas quando se estipula expressamente no contracto, que alguns dos socios tomam sobre si a responsabilidade das perdas que possam tocar a determinado socio, este contracto não é nullo, porque nelle não ha isenção de perdas e sim substituição do individuo que perde. Eis mais um exemplo de contracto de seguro, independente de apolice.

Mas o normal é a apolice que, não só prova a existencia do contracto, como tambem incorpora as clausulas do contracto.

c) é um contracto aleatorio, porque o pagamento da indemnização só se effectua no caso de sinistro, e assim, é dependente da sorte, da fortuna do mar.

Da reunião destes tres caracteres resulta que, para haver contracto de seguro maritimo ou, em geral, um contracto de seguro, é indispensavel o risco, é imprescindível que o objecto do contracto seja effectivamente posto em risco. Por isso, o art. 677 n. 4 do Codigo declara nullo, insubsistente o contracto de seguro, quando o objecto do seguro

não chega a pôr-se effectivamente em risco. Donde se deduz que o contracto só se aperfeiçoa, depois que o objecto entrou em risco.

Pela mesma razão, não existe contracto de seguro si as partes assignam a convenção depois que o risco haja desaparecido; naquella hypothese, e nesta, não ha contracto, porque falta a elle uma das suas condições — o risco. —

Admitte-se, porém, a existencia e validade do seguro num caso especial: quando as partes, ignorando o paradeiro do objecto, contractam *sob boa ou má nova*. Mas, ai o segurado tinha razão de saber o paradeiro do navio e, portanto, si agiu com fraude, o contracto é nullo, E presume-se que elle tinha razão de saber o paradeiro do navio, quando a noticia, do naufragio ou perda chegou ao lugar da residencia do segurado e se tornou publica. Cabe ao segurador provar que o segurado tinha conhecimento daquelle facto, quando contractou o seguro. Assim dispõe o art. 677 n. 9 do Codigo.

121. — O seguro maritimo pode se referir ao navio ou ás mercadorias nelle embarcadas, ou seja a qualquer cousa, apreciavel em dinheiro, que possa ser objecto de risco maritimo; quando versa sobre o navio, o seguro se chama *sobre corpo*, quando versa sobre as mercadorias, seguro *sobre faculdades*.

Num e noutro caso a apolice deve conter as enunciações do art. 677 do Codigo.

1.º Deve ser assignada pelos seguradores. Sendo o seguro um contracto synallagmatico, não se comprehende como o Codigo dispense a assignatura do segurado. E' praxe o segurado receber a apolice assignada pelo segurador, sem assignal-a por sua vez; mas isto tem dado lugar á annullação do contracto, em Juizo, porque não se pode provar a obrigação do segurado, quando elle não assigna o instrumento do contracto. E' de

toda a conveniencia, portanto, que a apolice contenha, além da assignatura do segurador, tambem a do segurado.

O seguro é, muitas vezes, contractado por outra pessoa que não o proprio segurado: quando feito por conta de terceiro. Nesta hypothese, o nome do segurado pode ser omittido, como diz o n. 1 do art. 667. O Codigo não cogita do caso de mandato, porque, então, como o mandatario representa a pessoa do segurado, é claro que o nome deste figura na apolice; cogita, sim, do contracto de seguro, feito por conta de terceiro, quando não convém ou não se pode declarar o nome do segurado. E isto explica-se.

O negociante fica, em certas occasiões, impossibilitado de declarar, de prompto, ao segurador quem é o dono das mercadorias que vai segurar: assim acontece nas vendas condicionaes, nas importações por conta de terceiro, etc. Afim de evitar contestações futuras, o negociante que contracta o seguro, omittie o nome do segurado, substituindo-o pela clausula — por conta de terceiro — ou — por conta de quem pertencer, — salvo ao segurador exigir da pessoa que reclama o seguro, a prova de que é o interessado nelle. Assim, a omissão do nome do segurado é momentanea, porque apparece em occasião opportuna.

Por essa omissão, quem faz o seguro fica pessoal e solidariamente responsavel, porque o segurador age, tendo em consideração a boa fé do individuo que se apresenta para contractar.

Ha aqui diversas questões que mostram o desaccordo existente entre o rigor da nossa lei e a evolução progressiva do commercio.

Uma dellas é a situação especial do commissario em relação ao segurador e ao committente, quando as mercadorias seguras por elle soffrem um sinistro.

Commissario, já nós o vimos, é o negociante que age em seu proprio nome, mas por conta de terceiro, ao passo que mandatario é quem age em nome e por conta de terceiro. No mandato ha representação; na comissão, o commissario é que apparece contractando, ficando occulto o committente. Embora o commissario não tenha na transacção mais do que as despesas, todavia para quem contracta, para o segurador, elle é o dono do seguro, é quem figura como segurado; entretanto o que elle compra, vende ou segura, não lhe pertence.

Dada esta situação e suppondo-se que o commissario faz o seguro de mercadorias de um committente seu, pergunta-se:

a) No caso de sinistro a quem pertence a indemnização do seguro?

b) Si o commissario contracta o seguro e a mercadoria vem a perecer, pode o segurador exigir do commissario que declare a pessoa a quem pertence tal mercadoria, ou o commissario apparece como dono della e pode exigir o pagamento da indemnização ?

c) Si as mercadorias estão no armazem do commissario, quando se dá o sinistro, o committente tem o direito de exigir que o commissario lhe transfira a indemnização paga pelo segurador?

Quanto á alinea a), diante da nossa lei, não tendo o commissario a propriedade dos effeitos segurados, ao committente pertence a indemnização do seguro, como lhe cabe pagar o premio, pois *res perit domino*. Entretanto, na pratica, é esta uma questão muito difficil.

Relativamente á alinea b), sendo o commissario o contractante do seguro, o segurador não tem o direito de exigir d'elle a prova de quem seja o dono da mercadoria: o commissario apparece como dono della e

recebe a indemnização, salvo a responsabilidade que possa ter para com o committente.

O principio é que o commissario é pessoalmente responsavel perante o segurador, pelo premio do seguro, como contractante do mesmo seguro, e o segurador é tambem responsavel para com o commissario, pela indemnização do referido seguro. Ora, si o segurador não pode exigir do committente o premio que lhe foi promettido pelo commissario, não é justo tambem que pague ao committente a indemnização que prometeu ao commissario. Logo o commissario pode exigir o pagamento da indemnização.

Por ahi se evidencia a differença cada vez maior, que, na especificação crescente dos contractos, vai-se estabelecendo entre o mandato e a commissão, que, aliás, o nosso Codigo ainda confunde em certos pontos.

Finalmente, alinea c), a situação entre o commissario e o committente só se pode decidir em especie. E' preciso ver, primeiramente, si o committente autorizou o seguro. No caso affirmativo, é indiscutivel que tem o direito de exigir do commissario a importancia da indemnização paga pelo segurador.

Si, porém, o committente não autorizou o seguro, o caso se complica: a admittirmos que o committente possa exigir do commissario a indemnização paga pelo segurador, a consequencia é que o committente vai se beneficiar por um acto de previdencia para o qual não deu passo algum e, quiçá, feito contra a sua vontade; a admittirmos que não possa exigil-a, a consequencia é que o commissario, que não perdeu coisa alguma, é indemnizado de um prejuízo que não soffreu, transformando-se assim o contracto de seguro, que é um contracto de boa fé e de indemnidade, em um contracto de especulação. Qual a solução a adoptar? A seguida pela praxe que admitte, neste ponto, o enriquecimento illicito,

dando ao commissario o direito de reter consigo o valor da indemnização do seguro, quando o committente não haja autorizado o mesmo seguro.

Em resumo: 1.º a indemnização do seguro pertence, de direito e em regra, ao committente; 2.º é paga pelo segurador ao commissario; 3.º reverte para o committente ou não, conforme este haja autorizado ou não o seguro, no caso de estar a mercadoria no armazem do commissario.

2.º O n. 2.º do art. 667 exige que na apolice se mencione o nome e classe do navio. Para apreciar os riscos que corre e para concluir o contracto que vai fazer, é evidente que o segurador precisa conhecer o navio, saber todas as suas particularidades, afim de avaliar o maior ou menor risco a que o navio ou as mercadorias embarcadas estão sujeitas, visto como, da classe do navio depende maior ou menor probabilidade de sinistro, quer no contracto de seguro sobre corpo, em que o proprio navio é o objecto do contracto, quer no de seguro sobre faculdades, em que o navio é o lugar do seguro.

A disposição do n. 2 é facilitada pelos Lloyds ou Registros Maritimos, como já mostrámos.

3.º O objecto do contracto de seguro, ou a coisa posta em risco, deve ser determinada, de modo a evitar duvida e afim de discriminar a garantia e a responsabilidade do segurador. Exige-se, diz o n. 3.º do art. 667, menção da natureza e qualidade do objecto seguro e o seu valor fixo ou estimado.

Mas o seguro maritimo e o commercio evoluíram, depois da promulgação do nosso Codigo, tanto que hoje a regra acima enunciada não se observa com o rigorismo que resulta das expressões do Codigo.

O commercio maritimo deu lugar á criação de uma especie de seguro de cousas até certo ponto indeterminadas, por meio do instituto da apolice aberta ou fluctuante.

A exigencia do Codigo, de se mencionar o objecto seguro, não podia satisfazer as necessidades crescentes do commercio; adoptou-se então o seguro, embora por quantia determinada, sobre objectos determinados em geral, não especificadamente. Esta apolice chama-se aberta ou fluctuante, termos que se equivalem, comquanto na pratica, o commercio do Rio de Janeiro faça uma certa distincção entre apolice aberta e apolice fluctuante.

A apolice aberta applica-se mais aos seguros terrestres: é um contracto pelo qual o negociante segura numa companhia, por certa somma, os generos que tem em seu armazem e cujo *stock* pode variar de um dia para outro. Segura ordinariamente pelo *maximum* do *stock*, para não correr, por sua conta, o risco das mercadorias não seguras. No caso de sinistro, elle tem de provar que, na occasião, tinha em seu armazem determinado valor de generos. A apolice aberta tem a vantagem de não precisar indicar o valor real, mencionando apenas o valor maximo do seguro.

Aos seguros maritimos applica-se, de preferencia, a apolice fluctuante: o segurado contracta com o segurador, por um certo lapso de tempo, a garantia contra riscos e fortuna do mar, dos generos e mercadorias que importar ou exportar, á medida que forem importados ou exportados e sujeitos ao risco, até uma certa somma.

Não se pode determinar com antecendencia o valor dessas mercadorias, mas á proporção que ellas vão sendo postas em risco, desde o momento em que o segurado tem noticia de que ellas embarcaram, communica ao segurador, que vai averbando a importancia na apolice, até preencher o seu valor. Chegando ao montante da somma segurada, a apolice diz-se preenchida e o contracto está findo: a responsabilidade do segurador é, então, sómente pelas mercadorias em transitio.

Na apolice fluctuante, differentemente da apolice aberta, o seguro se faz virtualmente, mesmo antes de se conhecerem as mercadorias.

Por esta engenhosa combinação permite-se ao segurado cobrir-se de todos os riscos que as mercadorias possam correr; a ausencia da apolice aberta ou fluctuante implicaria um movimento muito demorado do contracto de seguro, incompativel com a rapidez das transacções.

O commerciante que importa mercadorias não sabe, ás vezes, a especie exacta da mercadoria, nem o navio que a transporta, nem o valor exacto della. Si não fosse a apolice aberta ou fluctuante as mercadorias teriam de viajar por conta e risco exclusivo do importador, porque o seguro não se poderia fazer na ignorancia do valor do objecto, segundo a disposição do Codigo. Torna-se tambem desnecessario, na apolice fluctuante, mencionar o nome do navio, bastando apenas indicar a sua classe, por cautela, afim de evitar surpresas e má fé.

4.º, 5.º e 6.º Ha portos que offerecem difficuldades de navegação, não convindo muitas vezes assumir riscos para elles; dahi a exigencia dos n.os 4.º, 5.º e 6.º do art. 667.

7.º e 8.º Como o seguro pode ser contra a fortuna de mar e accidentes da navegação e contra causas estranhas, como barataria do capitão, etc, convem declarar especialmente todos os riscos que o segurador toma sobre si e o tempo da sua duração.

9.º A existencia do premio é condição essencial do contracto de seguro maritimo, indispensavel tambem para caracterizar o contracto commercial, como o encara o art. 666 do Codigo. Sendo elle um acto de commercio para o segurador (não para o segurado) e é por isso que está incluído no Codigo Commercial — suppõe necessariamente um intuito de lucro, que se traduz na exigencia do premio.

Si o segurador tomasse a si os riscos, sem premio, praticaria um acto de beneficencia, sem intuito de lucro; esse acto, porém, não poderia ser regulado pelas leis commerciaes, em que o conceito capital reside no intuito de lucro.

Por isso, o seguro maritimo sem premio, isto é, o seguro mutuo, não é um contracto commercial, nem está sujeito ás prescripções do Codigo, sem que, entretanto, deixe de ser um contracto de seguro.

No seguro a premio, o segurador é um e o segurado é outro, o segurador tem um interesse, — o premio pago pelo segurado; no seguro mutuo segurador e segurado são os mesmos, ha reciprocidade de interesses, porque o interesse do segurador é representado pelo interesse do segurado, mas não ha premio.

Assim, não existindo no segundo, o que se chama premio, o contracto é civil e não commercial, embora possa ser um contracto de seguro maritimo.

Outras legislações, differentemente da nossa, submettem tambem á legislação commercial não só os seguros terrestres, mas ainda os de vida.

10.º Deve-se mencionar o tempo, lugar e fórmula do pagamento no caso de sinistro.

11.º O juizo arbitral necessario foi derogado pela Lei n. 1350 de 14 de Setembro de 1866 (art. 3.º) e o Decreto n. 3900 de 26 de Junho de 1867 (art. 9.º) instituiu o juizo arbitral voluntario.

12.º A data da apolice indica o dia em que começa a vigorar o contracto.

13.º E mais podem ser estipuladas outras quaesquer condições.

A apolice é uma só, embora com mais de um seguro, quando seguradores e segurados são os mesmos.

Sendo o seguro resegurado, cada segurador deve emittir uma apolice. Reseguro é um novo contracto, em que o primitivo segurador se transforma em segurado; deve ter os mesmos requisitos que o primitivo seguro.

122. — O contracto de seguro é um contracto de indemnidade e boa fé. Isto quer dizer que o segurador só está obrigado a indemnizar o segurado, do prejuizo effectivo e real que elle tenha tido, sem que o segurado possa auferir o menor lacre do contracto. Por isso, differentemente dos demais contractos, a declaração do valor, no contracto de seguro, não importa a obrigação, para o segurador, de pagar esse valor declarado. O valor do sinistro soffrido pelo segurado, pode ser superior ou inferior ao declarado na apolice e, conforme os casos, a responsabilidade do segurador varia.

Si o valor das cousas postas em risco fôr inferior ao declarado na apolice, o segurador tem de pagar o sinistro soffrido.

Mas o mesmo não acontece si esse valor fôr superior ao da apolice; então presuppõe-se que o segurado correu o risco da differença, foi segurador de si mesmo e, como o seguro é um contracto de indemnidade, ao segurado cabe o risco da differença que elle não seguiu. Faz-se, pois, uma cota de proporção entre o valor real dos objectos seguros e o valor mencionado na apolice; o segurador só responde pela importancia proporcional, e o segurado acarreta a responsabilidade do excesso. Do contrario, importaria correr o segurado um risco por sua propria conta e ser, de facto, indemnizado desse risco pelo segurador.

Exemplifiquemos: o valor da coisa segurada é de 12:000\$, a somma do seguro 10:000\$; occorrendo o sinistro, avaliado em 10:000\$,

parecerá á primeira vista, que o segurador tem de pagar esses 10:000\$. Mas, si assim fosse, o segurado teria corrido um risco (de 2:000\$) conjunctamente com o segurador e viria a receber deste, o risco que elle proprio correu; isto é, salvaria inteiramente os 2:000\$, cujo risco havia corrido, á custa do segurador. Isto seria especulação, e como o contracto de seguro é contracto de indemnidade, desconta-se no valor da indemnização a pagar ao segurado, o correspondente ao excesso entre o valor real do objecto e o valor do seguro.

Supponhamos, porém, que o sinistro é avaliado em 12:000\$, isto é, foi total: o segurador será obrigado a pagar os 10:000\$ do seguro e o segurado perderá effectivamente os 2:000\$, que deixou de segurar.

O principio é que o prejuizo se deve ratear pelos seguradores, e como, na hypothese, o segurado foi tambem segurador de si proprio, pelos 2:000\$, elle tambem entra no rateio. E' o mesmo que si o seguro tivesse sido feito pelo valor total em diversas companhias: far-se-ia entre ellas o rateio da importancia do seguro feito em cada uma e nenhuma deveria pagar mais do que a sua quota proporcional.

O valor fixo na apolice serve apenas para determinar o *maximum* da responsabilidade do segurador, devendo o segurado provar que o objecto, sinistrado tinha esse valor, para recebê-lo integralmente.

XXIII

Dos direitos e obrigações do segurador e do segurado. — Do abandono.

123. — O principio decorrente do contracto de seguro é o da responsabilidade do segurador por todos os danos que possa soffrer a coisa segurada, segundo as estipulações da apolice, que deve especificar os riscos a que o segurador se submete.

Esta regra soffre excepções, constantes do art. 711 do Codigo Commercial. Quando o segurado é o proprio causador do sinistro, mesmo não fallando em dolo, quer por sua culpa, quer por um simples acto seu, do qual resulte a perda total ou não do objecto, o segurador fica isento de responsabilidade, porque então carrega com ella o seu proprio autor.

O contracto de seguro maritimo é um contracto de condições muito strictas. O seguro não pode ser fonte de lucro para o segurado e, portanto, qualquer alteração nas condições estipuladas na apolice, liberta o segurador da garantia promettida.

A doutrina, porém, tem uma tendencia mais respeitadora das correntes modernas, do que o Codigo, cujas disposições são, quasi sempre, antiquadas. Comprehende-se perfeitamente que, quando o desvio voluntario da derrota tem, por fim directo, sujeitar o navio a um risco maior do que o previsto, ou quando resulta das circumstancias, que essa desviação pode sujeitar o navio a maiores riscos comprehende-se perfeitamente que o segurador não responda por essa situação, que elle não previu.

Mas quando a derrota é indifferente, não altera as condições da viagem, ou não alteraria a intenção do segurador e as estipulações da apolice, nenhuma razão ha para determinar a irresponsabilidade do segurador.

Ha portos de escala e canaes, que são receiados pelos capitães e seguradores e, então, o segurador que conhece a marcha usual do navio, não acceita a responsabilidade do sinistro que ahi occorrer. Mas, si o navio desviou-se da sua derrota adoptando um caminho igualmente praticavel, é de um rigor pharisaico a disposição do Codigo.

Demais, quando o seguro se refira exclusivamente ao corpo do navio, ainda se comprehende que o capitão seja considerado autor do acto, porque o capitão representa o proprietario da embarcação. Mas,

quando se trata do seguro sobre faculdades, como fazer recahir sobre os carregadores uma responsabilidade para a qual não concorreram? Dir-se-á que os carregadores segurados podem ir contra o capitão, mas não tem nenhum fundamento a disposição que desloca para os carregadores a responsabilidade que o capitão tomou sobre si.

124. — Em tempo de guerra os navios costumam se reunir para viajar em comboio, protegidos por um navio armado. Ficando isto estipulado, si o navio se separar espontaneamente, (e não por força maior) vai correr riscos não previstos pelo segurador, que, por isto, liberta-se de responsabilidade.

E do mesmo modo que não é devido frete, quando ha derramamento de líquidos, não ha tambem responsabilidade do segurador, por semelhante derramamento.

125. — No contracto de seguro usam-se *franquias*, dentro das quaes as avarias não são pagas. Às partes contractam que as mercadorias poderão soffrer uma certa deterioração que, não attingindo a uma proporção determinada (3% segundo o n. 11 do art. 711), não será paga. Na apolice deve-se declarar não só qual a franquia, como si o seguro é feito livre de avarias, ou si a responsabilidade pertence aos interessados no navio, na carga ou no frete, ou si é dividida entre elles; muitas vezes estipula-se que o carregador fica isento de responsabilidade.

126. — Rebeldia do capitão ou da equipagem é o que geralmente se chama barataria ou ribaldaria de patrão. Em geral, a barataria de patrão é toda malversação praticada pelo capitão ou equipagem em damno dos seguradores ou carregadores. E' este conceito da barataria que deu lugar á famosa discussão entre Emérigon e Valin e que passou, com profundas alterações, para as legislações modernas.

Pela definição acima, vemos que a barataria tem um sentido lato, abrange toda a malversação em damno de terceiro, quer com

prejuízo do navio, quer da carga. E' neste sentido, que o nosso Codigo encara a barataria (art. 712), isentando o segurador de responsabilidade pelos actos illicitos do capitão, a qual recae sobre os proprietarios do navio.

Para que se possa considerar como rebeldia o acto do capitão ou equipagem, é preciso que esse acto seja de natureza criminosa, previsto e punido pelo Codigo Penal. Desde que escapa a essa classificação, desaparece a natureza da barataria.

Esta é a doutrina que necessariamente decorre das disposições do Codigo. O emprego da palavra — criminoso — no art. 712 não pode ter outra significação. E só é criminoso o acto previsto e punido pelo Codigo Penal.

Si o acto fôr de malversação culposa, mas não sujeitar o capitão e a equipagem a uma penalidade, não é barataria de patrão, e portanto, si o acto do capitão, embora praticado em detrimento do navio e da carga e de encontro ás disposições estipuladas, não fôr susceptível de sancção penal, o damno occasionado fica sob a responsabilidade do segurador.

Algumas apolices mencionam positivamente que o segurador não responde pela barataria de patrão. Pela letra do Codigo, não é necessaria tal declaração, porque o risco de rebeldia deve ser expressamente estipulado; nesse caso o segurador responde não só pelo damno directamente causado pela rebeldia, como pelas suas consequencias, embora o segurador não as tivesse previsto (art. 713).

127. — O art. 728 prevê o caso em que o segurador fica subrogado nos direitos do segurado. E' neste principio que se baseia o instituto do abandono, chamado subrogatorio.

Ha duas especies de abandono:

1.º O feito pelos donos, compartes ou proprietarios do navio em favor dos credores, para se libertarem da responsabilidade que lhes advém dos actos do capitão ou da equipagem; importa uma transferencia da propriedade do navio, para que por elle se paguem os credores — é o abandono liberatorio — *abandon*, dos francezes.

2.º O simples abandono, *délaissement*, em que não se dão os mesmos efeitos do primeiro, pois que não são os devedores que entregam o navio em pagamento dos credores, mas os segurados que abandonam os eifeitos seguros aos seguradores, para garantir o seu direito á indemnização total do seguro.

E' o abandono um instituto introduzido em favor do segurado, porque os riscos do mar podem se dar fóra das suas vistas, sem que lhe seja possivel providenciar promptamente para salvar o objecto; e então, para fazer effectiva a responsabilidade do segurador, o segurado abandona-lhe os eifeitos seguros, subrogando-o nos seus direitos.

Esta faculdade é limitada pela lei aos casos determinados no art. 753 e ainda no caso especial do art. 757 do Codigo Commercial. O character commum a todos esses casos é a situação em que se acha o segurado, privado da posse do objecto seguro e não podendo providenciar sobre a sua salvação. E' esta a primeira condição para que se dê o abandono: que o segurado não possa providenciar sobre a salvação do objecto seguro.

Por isso a faculdade do abandono é restricta ao seguro maritimo; no seguro terrestre elle não tem lugar, porque não existe a impossibilidade, para o segurado, de providenciar sobre a salvação do objecto seguro.

Em segundo lugar, é preciso que o objecto esteja perdido ou quasi perdido, em situação tal que, para o segurado, represente effectivamente uma perda total ou parcial, desde que absorva 3/4 do

valor do seguro; ou então que esteja collocado em situação que não permitta ao segurado ter delle noticia. E' o caso em que o navio desaparece e em que se presume que esteja perdido.

Na perda ou na presumpção da perda total do navio se baseia o abandono, e ha presumpção de perda total quando a perda excede os $\frac{3}{4}$ do valor do objecto seguro, nullificando-se o $\frac{1}{4}$ restante. Em todas as hypotheses do Codigo, ha sempre a perda ou a presumpção da perda total e isto é que legitima o abandono e o direito do segurado á indemnização total.

1º O art. 753 n. 1 falla na presa ou arresto por ordem de Potencia estrangeira. Não ha razão nenhuma para não conceder a faculdade do abandono no caso de arresto pelo Governo da nacionalidade do navio. Neste caso, tambem, ha a perda ou a presumpção da perda total e, por isso, a doutrina estende o abandono a elle tambem.

Comprehende-se igualmente a presa feita pelo corsario, porque este está, pela nação estrangeira, legalmente autorizado a fazer presa.

As presas feitas pelo corsario têm o mesmo processo que as feitas pelos navios armados e, para consideração da perda total ou de $\frac{3}{4}$, devem se calcular as despesas effectuadas para a reclamação da presa. Embora o apresador restitua a presa, o processo a que deu lugar a reclamação, pode ter occasionado despesas que absorvam mais de $\frac{3}{4}$ do valor do seguro. Neste caso o navio se considera perdido e tem lugar o abandono.

Na hypothese de retomadia ou represa não se pode deixar de levar em conta o premio da retomadia, que varia conforme vimos, isto é, conforme seja feita por navio mercante ou navio de guerra.

2.º Naufragio e variação não são synonymos. Naufragio é a perda total do navio ou um sinistro que produzirá a innavegabilidade absoluta ou, pelo menos relativa do navio; dá-se com o despedaçamento do navio (*nave frango*). Não é preciso que o navio se submerja, basta que se quebre e inutilize.

A variação pode ser proposital para salvação do navio e da carga, ou para fugir do inimigo. O capitão pode encalhar o navio, como recurso de salvação contra a tempestade, evitando ser arrastado pelas ondas ou apanhado por um navio inimigo. A variação é, pois, diversa do naufragio.

A apolice pode mencionar o naufragio, a variação e outros sinistros do mar, como perda das ancoras, quebra do velame, etc, de onde resulte a innavegabilidade physica ou moral do navio, isto é, que importem perda total do navio ou exijam concertos de tal ordem, que absorvam 3/4 do valor do seguro, ou concertos que não se possam fazer no lugar do sinistro. Numa palavra, dá-se o abandono sempre que o sinistro fôr *maior*, como se costuma dizer.

3.º O n. anterior referia-se ao seguro do corpo do navio; este refere-se ao seguro sobre faculdades; só por isso o Codigo faz delle menção especial. Mas tem aqui inteira applicação o que se disse acima.

Além das faculdades, o frete tambem está sujeito aos riscos do mar, e tambem pode constituir objecto de seguro.

Uma questão importante é saber si, no caso de abandono do navio por naufragio, variação, etc. o dono da carga pode, *ipso facto*, fazer o abandono desta. A' primeira vista parece que o abandono do navio comprehende tambem o abandono da carga: assim é, si o seguro foi feito conjunctamente; então o abandono do navio importará o abandono da carga.

Mas, si o seguro é separado, é preciso examinar as relações dos carregadores com os seguradores de modo diverso. Si o navio naufraga e, entretanto, a carga se pode salvar, o segurado não tem o direito de fazer o abandono, si não provar que a despesa para salvação delia excederia os 3/4 do valor do seguro.

4.º A falta de noticias do navio importa uma presumpção de perda total, nos prazos marcados no art. 720.

128. — Difficilima é a questão da possibilidade de coexistencia do abandono liberatorio com o abandono subrogatorio, no Direito Maritimo.

Si os proprietarios do navio têm o direito de abandonal-o aos credores para que se paguem; si o segurado tem o direito de abandonar o navio ao segurador para receber a indemnização total, não collidirão os direitos de uns e de outros? Qual o direito que deve prevalecer?

Parece que, o abandono liberatorio, importando transferencia da propriedade do navio, o segurado que tiver sido abandonante não poderá mais abandonar ao segurador o objecto, de cuja propriedade abriu mão. Mas assim não é, porque pelo abandono subrogatorio dá-se apenas a substituição do segurado pelo segurador, sem prejudicar os credores.

A esta questão liga-se outra, a de saber si o abandono liberatorio deve comprehender a indemnização paga pelo segurador. Si o abandono liberatorio comprehende a indemnização devida pelo segurador, a questão se resolve facilmente: a indemnização passa a pertencer aos credores, ao mesmo tempo que o navio, isto é, os seguradores terão de pagar aos credores do segurado a importancia do seguro.

Mas esta presumpção é diversa nas legislações. A nossa lei hypothecaria considera o credor subrogado nos direitos do segurado, em caso de sinistro. Mas o Codigo Commercial, no art. 759, exceptua do

abandono a preferencia que possa competir a certos credores. Parece, de accordo com estes principios, que subsiste o direito dos credores, pelo menos em relação ao frete; mas não podemos affirmar que, em nosso Direito Commercial, os credores do navio fiquem subrogados no direito á indemnização devida pelo segurador. Não ha nenhuma disposição a respeito.

Os argumentos que se adduzem em favor da propriedade do seguro, fazendo-o intransferivel aos credores, são: 1.º que o seguro é um acto de previdencia particular; 2.º que o premio do seguro é pago pela fortuna de terra.

Vejamos então como conciliar os dous direitos em conflicto. Da natureza juridica do abandono subrogatorio se infere que o segurador fica, em virtude d'elle, subrogado nos direitos do segurado, passa a representar a pessoa deste. Ora, desde que ha subrogação, esta comprehende o navio com todos os onus que lhe são inherentes e, portanto, com os compromissos assumidos pelos armadores, que recahem sobre o navio, em virtude de sua quasi personalidade. O navio é o passivel da divida, responde por ella; por isso, o navio passa para o segurador subrogado, onerado destes compromissos e, assim, o segurador está obrigado a pagar as dividas que pesam sobre o navio, para o que tem diante de si dous meios: ou paga as dividas e adquire a propriedade do navio, ou entrega o navio aos credores para que por elle se paguem, isto é, pratica um abandono liberatorio, que está em seu direito fazer, como representante que é do segurado.

O abandono liberatorio, ao contrario do subrogatorio, importa cessão de bens, exonera o devedor da responsabilidade da divida, em virtude da dação *in solutum*; mas os credores não passaram, por isso, a representar a pessoa do devedor.

Ora, pela natureza diversa dos dous abandonos, vê-se que elles não são incompatíveis entre si, podem coexistir simultaneamente, ou

um após outro. O abandono subrogatorio pode ser seguido do liberatorio, como este pode ser seguido daquelle, sempre que se dê um dos sinistros que importem perda total ou de 3/4, como vimos.

Querem alguns autores que o facto do devedor ter abandonado o navio, em pagamento dos credores, é um dos casos de perda total, para o effeito do abandono subrogatorio. Não, o abandono subrogatorio só pode ter lugar nos casos restrictos de que trata o Codigo: perda ou presumpção de perda do navio. Ora, a entrega do navio aos credores não é o caso de perda de que cogita o Codigo. Mas si a esse abandono aos credores se seguir um sinistro que faculte o abandono subrogatorio, então sim, este poderá ser feito.

Secção 4^a

Das avarias

XXIV

Da natureza e classificação das avarias. — Da avaria grossa e avaria simples.

129. — A palavra — avaria — não tem, no Direito Commercial Maritimo, a mesma significação da linguagem commum. Avaria não é só, como commummente se diz, o damno soffrido por um objecto, é mais alguma cousa, porque comprehende danos e despesas occasionadas ao navio ou á carga, para evitar qualquer prejuizo maior ou em bem e salvação commum e em segurança do navio e da carga.

Por outro lado, nem todo damno se considera avaria em Direito Maritimo.

Disputa-se sobre a origem da palavra — avaria — que alguns fazem derivar do latim *habere*, outros do celtico e do saxão. E' mais provavel que ella seja de origem saxonica. Dá uma idéa de contracto de sociedade ou de participação, porque na avaria ha uma tal ou qual especie de sociedade.

Segundo os melhores autores, a avaria se originou do antigo germinamento da idade média, embora seja indiscutivel que o alijamento, pelo menos, é de origem mais remota, visto como o Digesto se apropriou da antiga *Lex Rhodia de jactu*. Em uma ode de Juvenal se conta um caso typico de alijamento, do qual diz um autor, que parece que o capitão do navio já conhecia o Codigo Francez, tão rigorosamente foram observadas as disposições que a lei franceza consagra. Isto mostra que, embora a avaria se filie ao germinamento, é de origem mais remota, porque foi praticada sob a forma de alijamento.

Na definição do art. 761 do Código Commercial estão discriminadas as duas espécies de avaria: avaria — danos e avaria — despesas.

Relativamente ao tempo, a avaria só se verifica depois do embarque da mercadoria e da partida do navio. Lyon Caen e Renault fazem uma crítica severa a esta disposição do nosso Código, dizendo que o navio antes de sair, como depois de chegar, pode sofrer avarias. Mas vê-se logo, diante da letra da lei, qual o espírito do legislador: tais danos que possam acontecer ao navio ou à carga, são considerados danos por conta simplesmente do navio ou da carga e não avarias.

As apólices do seguro têm de cingir-se, necessariamente, à técnica legal. Ora, o legislador determinou o prazo em que pode começar a dar-se a avaria; portanto, se a apólice não disser expressamente outra coisa, os danos ocorridos fora daquele prazo, são a cargo dos armadores ou dos donos das mercadorias.

Ha, pois, vantagem em conhecer com precisão e determinar bem qual a época em que começam os seguradores a responder pela avaria e o que se deve entender propriamente por avaria.

A avaria pode ser dano ou despesa, mas nem toda despesa é avaria.

O Código falla em despesas extraordinárias, a saber, despesas não previstas no contracto de fretamento, na carta partida ou no conhecimento. As despesas que o navio tem de fazer normalmente e que são de custeio da expedição, não se podem considerar avarias; estas são as despesas que não foram nem podiam ser previstas.

Não é necessario que a despesa recaia conjunctamente sobre o navio e a carga; pode recahir em um ou em outra, pode ser feita em

beneficio do navio ou em benefício da carga, ou em beneficio do navio e da carga conjunctamente.

O damno tambem pode ser causado ao navio ou á carga ou ao navio e á carga conjunctamente. E' avaria em qualquer hypothese.

A contribuição para a avaria pode resultar do contracto de fretamento, quando nelle se estipulam clausulas que a regulem. Mas, embora não se o tenha feito, ainda assim a obrigação de contribuir para a avaria existe, independente de contracto.

A avaria constitue um quasi-contracto, que se baseia na equidade natural. Desde que se faz uma despesa em beneficio commum, manda a equidade natural que cada um dos beneficiados concorra para o resarcimento dessa despesa.

Numa expedição marítima ha como que associados tres interesses distinctos, o dos armadores, o dos carregadores e o dos seguradores, porque ha nessa sociedade natural o navio posto em risco, a carga sujeita ao mesmo risco e o seguro que tambem corre a sorte do navio e da carga. Desde que estes tres interesses estão unidos, nada mais equitativo do que, na hypothese de um delles soffrer um prejuizo, do qual resulte beneficio para os outros, ser indemnizado pelos outros beneficiados, *Omnium contributione sarciatur, quod pro omnibus datum est*, Digesto livro 14, tit. I.º

Entretanto, si do prejuízo que algum delles soffrer, não resultar um beneficio commum, os outros não têm obrigação de contribuir para o resarcimento do mesmo prejuizo.

A avaria pode, pois, recahir sómente sobre o navio, sómente sobre a carga, ou sobre o navio e a carga simultaneamente. Dahi a grande distincção em avarias grossas ou communs e avarias simples ou particulares, de que trata o art. 763 do Codigo.

O criterio diferenciador das duas especies é o da utilidade da avaria, isto é, do beneficio que ella produziu. Si o damno aconteceu ao navio ou á carga e delle resultou um beneficio para o navio e a carga, ao mesmo tempo, a avaria é grossa. Si aconteceu ao navio ou á carga, mas delle não resultou beneficio ou para a carga ou para o navio, a avaria é simples ou particular.

Das duas, a avaria grossa ou *commun* é a que melhor representa o principio do germinamento ou sociedade natural entre os interessados numa expedição maritima.

Mas, para que a despesa extraordinaria feita em beneficio do navio ou da carga, ou para que o damno occasionado ao navio ou a carga, possa dar direito de exigir contribuição de avaria grossa, é indispensavel: 1.º que este acto resulte da manifestação de uma vontade, 2.º que tenha uma justificação, 3.º que delle resulte uma utilidade *commun*. Só com estes tres requisitos se dá a avaria grossa, como bem se vê da ultima parte do art. 764 do Codigo.

1.º Quanto ao acto da vontade. O damno pode ser occasionado por um facto imprevisto, mas independente da vontade; esse damno por causa accidental não dá lugar a avaria grossa, porque é indispensavel a vontade.

Supponhamos que o capitão, para salvar o navio, alija a carga; eis um acto de vontade. Si o alijamento foi justificado e delle resultou um beneficio ao navio e á carga, porque, em virtude do alijamento, salvou-se o navio e a carga restante, é um caso de avaria grossa. Beneficiaram do acto do capitão, os armadores, os carregadores e os seguradores.

Si o capitão é obrigado a cortar os mastros, as velas, etc, este sacrificio facilita a navegação e a chegada do navio ao porto de salvamento, e delle resulta um beneficio ao navio e á carga.

Na primeira hypothese, uma parte da carga sacrifica-se em beneficio do navio e da carga restante; na segunda, uma parte do navio sacrifica-se em beneficio do proprio navio e da carga. Logo este damno deve ser resarcido por todos que delle beneficiaram.

Quarentenas imprevistas que importem despesas extraordinarias, feitas não só em beneficio do navio, como da carga; o aprisionamento do navio por um corsario que impõe um resgate, são casos de avaria grossa.

Dir-se-á que numa emergencia destas, em que o capitão tenha de praticar um damno ao navio ou á carga, elle não age com liberdade, porque se vê forçado a isso. Mas não resta duvida que esse acto é sempre um acto da vontade, como seria o que elle praticasse, si tentasse se oppôr á causa do seu acto, arrostar a tempestade, bater-se com o corsario, etc.

2.º O acto de vontade deve ser deliberado e justificado de accordo com o disposto no art. 509 doCodigo.

Isto é o que está na lei, porque na pratica é impossivel reunir a junta de officiaes num caso de perigo immediato, quando se trata de salvar, de um momento para outro, vidas e interesses em jogo. Suppre-se a disposição legal, lavrando-se posteriormente a acta, como, por vezes, temos visto proceder.

A falta de justificação do acto que produzisse damno, convertel-o-ia em barataria e nessa hypothese, o damno recahiria exclusivamente sobre os armadores.

3.º Do acto deliberado deve resultar uma vantagem, um beneficio commun. Si a avaria grossa se baseia na equidade natural, desde que não se descobrisse uma vantagem commun, nenhuma

obrigação haveria de contribuir para se resarcir o damno. Sem utilidade commum, portanto, não ha avaria grossa.

Taes são os elementos característicos da avaria grossa, sendo que os dois primeiros podem se reunir num só.

130. — A avaria particular caracteriza-se pela ausencia de uma vontade deliberada que occasiona o damno, embora o prejuizo possa ser commum; é isto que distingue nitidamente a avaria grossa da avaria particular.

A difficuldade pratica para discriminar as duas especies de avaria, provém do facto de não se poder *prima facie* reconhecer si houve um acto de vontade, ou si o sacrificio resultou de um caso fortuito.

E' certo que a avaria grossa, ás vezes, não resulta de um acto de vontade propriamente dito, mas então deve resultar de um outro acto, que foi determinado pela vontade. Por exemplo: o capitão para aliviar o navio, em caso de perigo, transfere a carga do navio para uma chalupa, que se perde; a perda da chalupa não é um acto de vontade, mas como resultou de um outro acto — o transporte do navio para ella — a avaria é grossa.

A avaria grossa pode tambem resultar de uma avaria particular: fogo nas carvoeiras do navio, ou incendio a bordo são casos de avaria particular. Mas si, para extinguir o fogo, o capitão forçasse a marcha do vapor e dahi resultasse quebrar os pistões da machina, a avaria seria grossa, resultante de uma avaria particular. Si lançasse agua e causasse damno à carga, do mesmo modo.

E' preciso observar os característicos proprios da avaria grossa, para differençal-a da particular: si o sacrificio feito proveiu de um acto deliberado, a avaria é grossa: si não, é particular.

Naturalmente, ha conflictos de interesses entre os armadores, carregadores e seguradores, quando se dá um prejuizo. A tendencia dos armadores é classificar logo de avaria grossa todos os danos, porque assim descarregam de si parte da responsabilidade; o mesmo se dá com os seguradores. Mas em opposição a este interesse está o dos carregadores, que procuram que a avaria seja classificada como particular quando ella recaia sómente sobre o navio. Os interesses se chocam e é preciso muita prudencia.

Da expressão — avaria grossa ou *commum* — supõem muitos que a avaria grossa só se dá quando é de um grande valor, de um montante elevado, e pensam que avaria simples ou particular è um pequeno sacrificio, dano menor. Enganam-se. Chama-se avaria grossa a que é praticada em beneficio do navio e da carga deliberadamente, embora de pequeno valor, e particular a que acontece ao navio ou a carga, por força maior, embora de grande valor. A avaria particular pode ser enorme, total, ao passo que a avaria grossa pode ser insignificante no seu valor.

Repetimos: o dano resultante de um caso fortuito que obrigou o capitão a fazer despesas extraordinarias não é uma avaria grossa, mas particular, recahindo sobre o navio ou sobre a carga. *Casum sentit dominus*.

Em resumo, tres são os caracteristicos da avaria grossa:

- a) Acto da vontade, ou consequencia de um acto da vontade.
- b) Justificação ou perigo imminente — expressão esta que não se deve tomar litteralmente, porque ha muitos casos de avaria grossa sem perigo imminente.
- c) Beneficio *commum* para o navio e para a carga.

PARTE TERCEIRA

DA FALLENCIA

XXV

O estado de fallencia, elementos constitutivos e meios judiciaes para a sua realização.

131. — Quem quizesse aprofundar o estudo do instituto da fallencia no direito moderno, teria, por pouco, de formular um codigo geral de direito privado, pois que, mesmo as disposições de direito civil em relação á família, têm pontos de contacto com aquelle instituto: as obrigações do marido e do pae, decorrentes da posse e administração dos bens da mulher e dos filhos menores, são regidas tambem, em muitos casos, pelo direito de fallencia, nas disposições que regulam os direitos da mulher e dos filhos menores, a respeito da massa dos bens. Nenhuma lei, portanto, mais difficil de se fazer, do que uma boa lei de fallencias. Por isso, as tentativas se succedem nos povos commerciantes, sem resultado apreciavel, porquanto se erguem preconceitos e ha, em todas as reformas, não só omissões, como excessos e erros. A doutrina e a jurisprudencia procuram supprir, quanto possam, as deficiencias da lei; mas, pela natureza especial da fallencia, como meio de resolver, de um modo geral, todas as obrigações que se relacionam com o patrimonio do fallido ou com a administração de sua casa, as disposições que hão de regel-a, se confundem de tal forma, que só difficilmente poderão ser formuladas de modo claro e satisfactorio.

O nosso Codigo, na parte 3.^a, denominada “Das quebras”, formulou alguns preceitos sobre o processo da fallencia; mal, porém, foram ellas publicadas, levantaram-se reclamações contra essas disposições, por parte de commerciantes, advogados e magistrados. Mas,

com a delonga que se oppõe á reforma das leis entre nós, só com a proclamação da Republica é que se pensou seriamente em reformar o Codigo, nessa parte, o que se fez pelo Decreto n. 917 de 24 de Outubro de 1890, obra executada em quinze dias, prazo minimo concedido pelo Governo Provisorio, ao seu elaborador, o Sr. Carlos de Carvalho.

Esse Decreto pode ser considerado uma obra prima da nossa legislação; entretanto, levantou ainda maiores reclamações, que a nosso ver, são de todo infundadas e salvo pontos de detalhe, os males que se lhe attribuiram, ou eram de ordem geral, ou eram devidos ao accumulo de serviço, de processos, de liquidações de fallencias, decorrentes do grande *crak*, originado do jogo da bolsa em 1891, ou eram, em nossa opinião, devidas á má interpretação e applicação dada ao referido decreto.

Como quer que seja, a campanha que contra elle se levantou, produziu a lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902, que foi regulamentada pelo decreto n. 4855 de 2 de Junho de 1903, que, por sua vez, reformou a lei em alguns pontos e, em outros, chegou a explical-a, foi até á doutrina, dando definições, constituindo, assim, um pequeno trabalho de direito de fallencia. Posteriormente, porém, essa legislação foi reformada pela lei n. 2024 de 17 de Dezembro de 1908, que, actualmente, rege o instituto.

132. — Muitos iniciam o estudo desta materia, indo buscar, no direito romano, os principios que imprimem á fallencia um caracter especifico; é o methodo de Carvalho de Mendonça e de Sá Vianna. Parece-nos que é perder tempo, filiar o estudo da fallencia ao direito romano; isto concorre para a confusão de idéas, com risco de mal interpretar a lei. A fallencia é, com effeito, um ramo do *concursum creditorium*, ou concurso de preferencia, da acção collectiva dos credores contra o devedor commum, de que se occupava o direito romano, que, para obviar inconvenientes e reformar varios institutos, entre elles a lei das doze taboas, cujos principios e rigores já se não coadunavam com as

disposições do direito subsequente a Justiniano, creou a *venditio bonorum* e a *cessio bonorum*.

Mas, dahi, do facto de ser a fallencia um ramo do *concursum creditorium*, de participar da acção collectiva dos credores contra o devedor commum, chegar-se a estudar a fallencia no direito romano, é levar muito longe o amor a este e, mais do que isso, é desvirtuar o instituto da fallencia, que é eminentemente commercial e, portanto, não pode remontar para lá da idade media, onde, como sabemos, o direito commercial se foi caracterizando. Não é apenas um erro historico que se commette, em filiar-se este instituto á *cessio bonorum* dos romanos, relativamente sem importancia; o perigo está na tendencia, affirmada pelos civilistas, de interpretarem a lei commercial com as theorias formuladas pelos romanistas, em vista de textos que não dizem com o movimento commercial actual e que não cogitam deste processo de fallencia.

133. — O vocabulo — fallencia — corresponde ao que o nosso Codigo chama — quebra —, termo portuguez, que é usado no Livro 5.º das Ordenações e tem tido, quanto á sua explicação etymologica, uma sorte semelhante, um pouco, á do proprio instituto de fallencia, que se quer, falsa e erradamente, filiar ao direito romano. Quer-se-a explicar pelo facto material ou pelo uso, que se diz ter existido nas feiras, na idade media, de se quebrar o banco em que se assentava o commerciante devedor, quando não pagava as dividas, e dahi tambem o termo bancarota ou bancoroto. Nada disso é verdadeiro. Fallir, fallencia, quer dizer quebrar os compromissos assumidos, quebrar a palavra. Bancarota vem, não do costume de se quebrar o banco em que se sentava o commerciante; esse vocabulo foi empregado no caso de quebra de Bancos com-merciaes, não do movei, mas do instituto do com-mercio. Quando um banco suspendia os pagamentos, o povo, indignado, como é facil de comprehender, atirava-se contra o banco, invadia-o, rompia tudo que encontrava, commettia toda sorte de depredações. Dahi a palavra banca

ou banco roto. O uso da palavra bancarota, applicada, a principio, ás quebras dos bancos, passou a significar, em algumas legislações, a mesma cousa que fallencia e quebra. Em outras, porém, distinctas se acham, sendo a bancarota, uma quebra dolosa e a fallencia uma quebra simples.

134. — Em que consiste o estado de fallencia ? Que é elle? A divergencia é profunda entre os escriptores e as legislações. A' primeira vista e de um modo geral, a fallencia parece confundir-se com a insolvencia. Esta concepção confusa originou-se, talvez, justamente de se ter querido filiar a fallencia do direito moderno ao *concurso creditorius* do direito romano, sendo dahi, naturalmente confundida com ella, pois o *concurso creditorius* só podia ter lugar quando o devedor commum se tornava insolvavel. A fallencia não implica, porém, no direito moderno, a idéa de insolvencia, porque o negociante pode não ter um patrimonio bastante para pagar todos os credores e não ser fallido e pode acontecer o contrario, ter um patrimonio maior que a divida e ser fallido. Vê-se, por isso, que se não podem confundir estas duas cousas — fallencia e insolvencia — e fazendo-se a confusão, pratica-se um grave erro juridico e pratico.

No direito civil temos a insolvencia regulada pelo processo civil e temol-a regulada mesmo pelo direito commercial, pela jurisdicção commercial, quando o devedor não é commerciante, sendo executadas as disposições do Regulamento n. 737 de 1850, no tocante ao concurso de credores de um devedor civil, sujeito ao processo commercial. No commercio, o regimen da fallencia não é o mesmo, pois ella é um estado juridico, sujeito á lei commercial, com regras diversas das que regem o devedor commum.

A differença é palpavel e para dar uma idéa mais perfeita desses dous casos, pode-se citar, por exemplo, o negociante ou banqueiro que tem grande quantidade de bens de raiz, apolices da divida publica,

acções de companhias, etc, mas que, em dadas circumstancias, devido a uma crise commercial, não pode de prompto aparar esses effeitos, por causa de um retrahimento de capitães na praça, ficando assim impedido de satisfazer seus compromissos, de solver certas obrigações, como a letra de cambio, onjo portador não pode esperar que elle apure esses effeitos; nestas condições está fallido, abre-se a fallencia, embora se reconbeça possuir o fallido ainda muito dinheiro, e apesar de pagos integralmente os credores e até com juros. Outro caso: um individuo não tem fortuna, obtem um emprestimo e monta uma casa. A renda desta, os productos dos benefiios que tira diariamente do seu negocio, dão para pagar os compromissos, razão pela qual tem credito na praça e torna-se um negociante importante. Si um dia se der, porém, o balanço em sua casa, ver-se-á que o passivo é maior do que o activo e, no emtanto, não está fallido.

A insolvencia do devedor é um estado do seupatrimonio, é, pois, um facto. Este facto não importa a situação juriica da fallencia, embora alguns escriptores, na necessidade de assentar ou seguir a tradição do direito romano, e, portanto, do direito civil, para caracterizar juridicamente o estado de fallencia, o tenham feito como sendo a insolvencia. Não podemos confundir duas cousas tão diversas, nem mesmo acceitando a modificação que esses escriptores querem fazer, transformando o facto em situação jurídica, distinguindo a insolvencia facto da insolvencia juridica.

Esta insolvencia juridica é um estado correspondente a uma situação de direito, classificada e qualificada pela lei; é o que, em algumas legislações de povos commerciantes e pelo art. 797 do nosso Codigo Commercial, constitue o criterio da cessação de pagamentos, para caracterizar o estado de fallencia.

135. — Por muito tempo a cessação de pagamentos, como denunciativa do estado de fallencia do devedor, foi objecto de

controversia e de decisões contrarias, como é, ainda hoje, objecto de discussões, pelo character indefinido que ella tem, pelas diversas apreciações a que se presta e que de algum modo põem os juizes em difficuldade sobre o modo de decidir si ha, no caso, cessação de pagamentos e o que se deve entender por tal.

A primeira questão que surgiu, ou melhor que se insurgiu contra o criterio da cessação de pagamentos, foi em definir-se a situação do devedor commerciante, que só tem um credor e um unico pagamento a fazer. E' forçar a palavra — cessação de pagamentos — na verdade, é forçar a expressão da lei, o considerar-se como cessação de pagamentos a falta de um só compromisso. Não ha duvida que alguém se lembrou de substituir o plural — pagamentos — pelo singular; mas, assim modificado, é claro que ficam expressões antinomicas — cessação e pagamento —, no singular.

Um dos fins da reforma de 1890 foi fazer cessar a longa controversia, as duvidas e equívocos dos tribunaes, as discussões que esse criterio da cessação de pagamentos levantava. E, de facto, o decreto n. 917 de 24 de Outubro de 1890, substituiu a cessação de pagamentos do art. 797 do Codigo Commercial, pela falta de pagamento de qualquer obrigação mercantil liquida e certa. Assim, em vez da expressão dubitativa e obscura do Codigo, a reforma de 1890 encarou a questão de frente e considerou como symptoma inilludivel do estado de fallencia, a falta de pagamento de divida liquida e certa. E muito bem andou o autor do decreto n. 917, seguido pelo legislador de 1902 e pelo de 1908, accentuando, deste modo, que o estado juridico da fallencia não resulta nem pode resultar da insolvencia, nem da situação indefinida que se chama — cessação de pagamentos.

Segundo o novo criterio, quando o commerciante, sem relevante razão de direito, deixa de pagar uma divida liquida e certa, sobre a qualidade e quantidade da qual não paira a menor duvida, com

muita razão se deve presumir, presumpção esta *juris et de jure*, que não paga porque não pode pagar, porque a situação dos seus negocios é de desordem.

Porque ha de o negociante negar-se ao pagamento de uma divida, que é a mais certa, que quando vencida elle sabe que se torna exigida, sendo certo que a honra commercial é differente da honra commum, pois o homem pode ser um refinado tratante, mas um negociante serio, sinão porque não está em condições de fazer tal pagamento? E, pois, si elle não pode invocar a seu favor uma relevante razão de direito, deve-se concluir, não satisfazendo elle esses compromissos, pela sua insolvencia. Pouco importa que o activo seja superior ou inferior ao passivo, que, na occasião em que elle falta ao compromisso de uma divida liquida e certa, a situação da sua casa commercial seja prospera, que depois de liquidada, elle, sendo rico, tenha dinheiro para pagar aos credores. Eis porque a fallencia é de direito publico; ha nella uma parte penal, a acção criminal, por isso que a fallencia interessa não só a situação dos credores e devedores, interessa tambem o commercio em geral, á praça em que o fallido tem relações commerciaes e, portanto, á sociedade.

A impontualidade dos pagamentos de um commerciante causa uma desordem na praça, um máo estar; rigorosamente, mesmo, diante da equidade natural, da honra e compromissos commerciaes, diante do máo estar do commercio, a impontualidade do commerciante produz a convicção, ou pelo menos, a presumpção de que elle possa beneficiar uns credores em detrimento de outros, e quando os que não forem satisfeitos, reclamarem, ver-se-hão prejudicados.

A critica que se faz ao systema adoptado pela lei de fallencias vigente, tomando a impontualidade do commerciante como symptoma ou prova do estado de fallencia, consiste em encontrar-se, na propria lei, casos em que o commerciante é declarado fallido sem que tenha faltado

ao pagamento de divida liquida e certa. E, de facto, o art. 2.º da lei n. 2024 de 1908 determina factos demonstrativos dessa critica.

Esta parece-nos, porém, superficial, pois julgamos que o legislador procurou formular as condições em que a fallencia podia ser decretada, distinguindo o que é o estado de fallencia, do que é propriamente, a gestação, o preparo, os prodromos da fallencia e que o legislador, prudentemente, procurou surprehender antes de chegar á eclosão, antes de se manifestar e não mais poder ser obstada.

Assim, o art. 1º da lei contem, em seu principio, a declaração formal de presumpção *juris et de jure* do estado de fallencia e o art. 2.º menciona uma serie de factos, que fazem suppor um estado, uma situação de fallencia ainda encoberta, em formação, não uma presumpção absoluta *juris et de jure*. Nestes casos, o devedor pode discutir, provar o contrario; são casos que a lei considera *hypotheses* e onde vae-se descobrir a gestação da fallencia; são todos factos que indicam qae a fallencia está em formação.

O que o legislador quiz, foi determinar, por um facto positivo, o estado de fallencia, sem fazer da cessação de pagamentos uma condição indispensavel para caracterizar esse estado. Parece que os dous primeiros artigos da lei satisfazem perfeitamente as exigencias e necessidades da doutrina e do commercio.

136. — Temo-nos referido á qualidade de commerciante no devedor fallido, porque, no systema da lei vigente, sómente o negociante pode ser declarado fallido.

Esta situação especial do commerciante, a disciplina a que fica elle sujeito, em virtude da sua insolvabilidade ou impontualidade, não é, porém, uma necessidade de doutrina, mesmo não é uma necessidade legislativa, porque nos achamos aqui em face de dous systemas

differentes, ou mesmo de tres, si considerarmos o systema inglez como um systema á parte.

Como a fallencia é um instituto que se gerou na idade media, e teve origem nos estatutos das cidades italianas, as legislações nesta materia, ou seguiram os estatutos em que mais se accentuava o direito especial dos commerciantes, ou seguiram os estatutos em que essa nota especial não era tão determinada, de modo que estenderam algumas, a fallencia, com o subsidio do direito romano, tambem aos não commerciantes. A primeira corrente foi a do direito francez, que encontra a sancção no Codigo de 1807 e nos demais Codigos que se inspiraram naquelle, como o portuguez, o hespanhol, o italiano, o nosso, etc. No direito germanico prevaleceu doutrina diversa e se accentuou um pouco mais a tradição do direito romano e, assim, a fallencia não foi considerada um instituto especial do commercio, mas uma execução geral em relação a todos os devedores insolvaveis; como tambem para o direito inglez, que segue, mais ou menos, o direito germenico, mas como tem algumas originalidades, alguns o consideram á parte.

Emquanto durar a dyctomia do direito privado entre nós, a fallencia continuará a ser um instituto especial, applicado sómente aos commerciantes. Todavia, apesar da continuação dessa dyctomia, já contámos uma tentativa no sentido de estender-se a fallencia aos devedores não commerciantes. Quando se fez, em 1890, a reforma hypothecaria, entendeu o autor do decreto n. 169 A de 19 de Janeiro de 1890 e do seu Regulamento n. 370 de 2 de Maio do mesmo anno, dever sujeitar á fallencia os devedores hypothecarios e pignoratícios, equiparando-os aos commerciantes. Isto durou pouco tempo, porque a reforma da parte do Codigo referente ás quebras foi de Outubro do anno de 1890, com differença de mezes da lei n. 917 e além disso, o decreto n. 917 começa por estas palavras : "O commerciante" ... derogando, nessa parte, a lei hypothecaria.

137. — A honra commercial impõe ao devedor impontual o dever de não pagar a uns credores de preferencia a outros. Desde que o estado de seus negocios obriga o negociante a negar o pagamento de uma obrigação liquida e certa, sem relevante razão de direito, o facto revela uma desordem tal em seus negocios e patrimonio, que gera uma situação especial, semelhante á de insolvabilidade, ou juridicamente equiparavel a ella, de que resulta a impossibilidade de satisfazer de prompto, compromissos assumidos e assim é defraudar a outros credores, da quota que do patrimonio lhes toca, em satisfação dos seus creditos, no caso de pagar a uns de preferencia a outros, pois que quanto mais se approxima do pagamento de um credito, menos resta para pagar aos outros que seriam, assim, defraudados.

Resulta desse dever imposto ao commerciante pela lei e honra commercial, a impossibilidade moral e judicial de fazer mais pagamento algum, desde que os seus haveres não podem satisfazer a totalidade de seus compromissos. Por outro lado, a situação do commerciante produz, para os credores, um direito igual de exigir o pagamento. Esse direito resolve qualquer prazo a que estiverem sujeitos os diversos titulos de credito, importa no vencimento de todas as dividas, porque o devedor se revelou incapaz de satisfazer uma divida liquida e certa; é uma especie de ficção de direito.

Ora, essas circumstancias, esse estado do fallido, em relação aos seus credores e vice-versa, constitue para os credores uma especie de sociedade de facto, analoga á que se verifica na liquidação da avaria grossa; ha uma especie de interesse commum dos credores, donde resulta o principio da *pars concursus creditorius*, que, comtudo, não annulla qualquer preferencia que a lei dá aos creditos; importa apenas em que os credores não possam obter um tratamento mais vantajoso do que lhes compete. Assim, a sociedade de facto existente entre os credores, fica constituída pela formação da massa fallida em condições de agir contra o devedor commum desde logo, dispensando as acções, quaesquer

que sejam, que concorrem para a delonga do processo, constituindo, então, neste caso, a fallencia, uma execução geral, como si já houvesse uma sentença condemnatoria, que é supprida pela sentença da decretação de fallencia. E' por isso que se diz que a fallencia é uma execução geral.

Mas porque seja uma execução geral, não se segue necessariamente que a um rito processual se deva limitar o instituto de fallencia, que seja apenas um instituto de processo, regulado sómente pelas leis do processo, como quer Bonin.

Dahi se levanta, entre nós, a questão constitucional de saber si os Estados estão autorizados a legislar sobre fallencia. Parecendo, a primeira vista, ser a execução geral uma somma de execuções parciaes, e neste caso só regulada por leis de processo, é para, de primeiro, crer que os Estados possam legislar sobre fallencia. Não é o que se dá, entretanto. O estado de fallencia não determina, sómente, o modo de execução; affecta tambem o direito substantivo, porque altera as obrigações contractadas pelos devedores.

FIM DA PARTE TERCEIRA

XXVI**Contractos sobre mercadorias. — Compra e venda.**

138. — O contracto de compra e venda é, talvez, o contracto typico do Direito Mercantil, porque, si aprofundarmos bem a analyse dos contractos commerciaes, verificaremos que, no fundo delles, existe uma compra e venda. Tanto é assim, que não faltou quem pretendesse definir o acto de commercio como um acto de compra e venda, e o commercio como uma successão de actos de compra e venda.

A compra e venda, a *emptio-venditio* dos romanos, é o contracto pelo qual uma pessoa se obriga a transferir a uma outra, a propriedade de alguma coisa, mediante o pagamento de uma compensação, que se chama preço.

Assim definido de um modo geral, encontramos como seus elementos essenciaes: *res*, objecto do contracto, *pretium*, compensação, e *consensus*, consentimento, porque, como contracto, não pode existir sem o consentimento, deve versar sobre uma coisa e mediante uma compensação. Referimo-nos, particularmente, a compra e venda mercantil.

Nesta, a coisa sobre que ella versa, ha de ser uma coisa que esteja no commercio, de natureza mercantil e, segundo a definição de commercio, verificamos que esse contracto só recahe sobre coisa movel ou semovente, na mesma especie ou manufacturada, para o fim de revenda ou de alugar o uso.

Portanto, deve acompanhar a formação do contracto de compra e venda, aquelle intuito de venda, que imprime ao acto, assim como o de alugar o uso, o character mercantil.

Vejamos como este contracto se differencia dos demais contractos de Direito Mercantil que com elle possam ter semelhança, e

alguns dos seus efeitos juridicos. Dissemos que pela compra e venda alguém se obriga a transferir a propriedade de uma coisa, mediante o pagamento de uma compensação; mas, não é só pela compra e venda que se opera esta transferencia, ou, pelo menos, ha coisas cuja propriedade se transfere sem que intervenha um contracto de compra e venda, e pelo mutuo, emprestimo de dinheiro, como pela conta corrente, a propriedade se transfere tambem. Mas, tanto no mutuo, como na conta corrente, a transferencia da propriedade dos valores é uma consequencia destes dous contractos, ao passo que na compra e venda, a transferencia da propriedade é o fim, o objecto do contracto. Ha tambem uma outra especie de contracto, a *locatio-conductio*, locação-conducção, ou apenas locação, em que a propriedade de certos efeitos, chamados mercadorias, se transfere de uma pessoa para outra. Com efeito, na locação de serviços, tambem chamada empreitada, o codigo permite que o empreiteiro forneça materiaes ao dono da obra. Ahi ha, pois, uma prestação de coisas que se transferem do locador para o locatario. Mas a *locatio-conductio* diverge da compra e venda, porque naquella sobresahe a prestação de serviços do empreiteiro, o contracto é feito para se realizar uma obra, e o fornecimento dos materiaes é uma condição accessoria, que não tem o caracter principal que distingue o serviço do empreiteiro.

Na compra e venda o que sobresahe é a transferencia da propriedade da coisa, embora esta possa ser acompanhada de uma locação de serviços, o que geraria uma confusão dos dous contractos, si não fosse este caracter que indicamos. Dissemos que na compra e venda se pode dar a transferencia da coisa na mesma especie ou manufacturada, o que quer dizer que se pode comprar a coisa e exigir do vendedor o seu serviço, isto é, a manufactura; temos, portanto, os dous elementos: o serviço prestado pelo vendedor e a coisa, tal como se dá na empreitada de obras. Mas na compra e venda sobresahe a transferencia da propriedade da coisa, e na empreitada, na *locatio-conductio*, o que sobresahe é o serviço prestado.

139. — O primeiro elemento essencial do contracto de compra e venda é a coisa, *res*, sobre a qual recae o contracto. A este respeito, o Direito Commercial facilita o contracto, differentemente do que acontece no Direito Civil, que é mais restricto e severo na liberdade de acção que dá aos contrahentes. Em regra, tudo se pode vender ou comprar, não só cousas já existentes como as cousas futuras. Dil-o expressamente o art. 192 do Codigo Commercial, cuja disposição comprehende não só o que se chama a *emptio spei*, como a *emptio rei speratae*.

Segundo os velhos autores de Direito Civil, a *emptio spei* é condemnada; o Direito Commercial, porém, admite a compra e venda destas cousas futuras, desde que a esperança que se tem, seja sobre uma coisa que preencha os requisitos exigidos pelo Codigo. Além das cousas incertas sobre que recahem os contractos de seguro e das cousas certas sobre que recahem outros contractos mercantis, o art. 192 citado falla tambem das cousas futuras, cousas que não existem. São as *emptio spei*, da qual não ha nada mais aleatorio; ao passo que, na *emptio rei speratae*, como a compra de lucros futuros, ha uma esperança fundada.

O Codigo, fallando na compra de lucros futuros, quiz deixar patente que era possível, ao contrario do Direito Civil, a *emptio spei*.

Alguns escriptores dizem que a *emptio rei speratae* é condicional e depende de uma condição resolutive. Seja ou não modal o contracto, tenha ou não condição resolutive ou suspensiva, o que é verdade é que é licito o contracto de compra e venda, embora elle se possa resolver, caso a coisa não appareça, pois, como vimos, é uma esperança, uma alea.

Si no Direito Civil não é permittido o contracto sobre cousas pertencentes a terceiros, os quaes são até causa de penalidade, no Direito Commercial, comtudo, é valido este contracto. E' claro que o vendedor que tem o encargo de vender a coisa que não lhe pertence, é obrigado a adquirir deste terceiro o objecto que está em seu poder e que serve de

causa ao contracto firmado com uma outra pessoa. Já vimos que entre as cousas que são objecto da compra e venda, estão os effeitos moveis ou semoventes, na mesma especie ou manufacturados, havendo intuito de revenda ou de alugar o uso.

Mas o Codigo, no art. 191, incluye ainda entre ellas, o papel moeda e a moeda metallica, os titulos de fundos publicos, acções de companhias e papeis de credito commerciaes, comtanto que nas referidas transacções o comprador ou vendedor seja commerciante.

Esta disposição do codigo é arriscada; não se comprehende tal cousa. O contracto que se forma com a troca de moeda, tem outro nome: é o cambio trajecticio, ou apenas cambio. O que diz o Codigo é mutuar ou emprestar dinheiro, e, então, realiza-se o contracto de mutuo mercantil. Isto quanto á moeda metallica e ao papel moeda.

Quanto ao meio, disposto no citado artigo, como são objectos que constituem actos de commercio, recahem sob a jurisdição commercial e, por consequencia, são objectos da compra e venda mercantil.

140. — Apezar de incluirmos como elemento essencial do contracto de compra e venda, o preço, devemos explicar que nem sempre a estipulação de um preço certo é contemporanea com o contracto. Certamente, não haveria tal contracto, sem que o comprador tivesse uma obrigação correspondente á do vendedor, que pode não ser determinada na occasião, ficando indeterminada, segundo o que dispõem os arts. 193 e 194 do Codigo.

Portanto, a falta de preço determinado no instrumento do contracto de compra e venda, não o inquina de nullidade. Isto não quer dizer que o preço não seja da essencia do contracto, porque si o não fosse, teríamos um contracto gratuito, o que contraria o principio mercantil da onerosidade das obrigações. Este contracto gratuito perderia

o character commercial e, no Direito Civil, deixaria de ser um contracto de compra e venda, para ser um contracto de beneficencia ou uma doação. Com effeito, si a transferencia da propriedade se operasse sem um preço, haveria uma doação sujeita ás restricções da lei civil, segundo a qual nem todos podem doar.

141. — O consentimento é um elemento essencial a todos os contractos. E dizendo consentimento, incluimos as condições todas necessarias para que elle seja perfeito, claro, inilludivel: capacidade das panes, objecto licito, etc. O que ha de peculiar aqui, porém, em relação ao consentimento, é que, independente de mais nenhuma formalidade, o accordo das vontades das partes sobre a cousa, o preço e as condições, produz, em Direito Mercantil, desde logo, a perfeição do contracto de compra e venda.

Sabemos que, no Direito Civil, ha contractos de transferencia de propriedade dependentes de uma formalidade externa, a escriptura publica, que é da sua essencia. No Direito Mercantil, salvo a excepção de Direito Maritimo, deve-se entender, de um modo geral, que o escripto não é necessario para um contracto, por maior que seja o seu valor, tornando-se elle perfeito pelo simples accordo das vontades, consoante o art. 191 do Codigo.

142. — O contracto perfeito tem por fim transferir a propriedade da cousa, do vendedor para o comprador. Mas o Codigo não fez excepção ao principio do Direito Civil, de que a transferencia da propriedade se effectua pela tradição e transcripção. Uma cousa é a perfeição do contracto e outra é o seu effeito — propriedade da cousa que é transferida. O contracto gera entre as partes relações pessoaes; as relações reaes são geradas pela tradição e transcripção.

No Direito Civil francez (art. 1583) as cousas se passam de modo diverso; pelo menos se pretendeu que pela convenção se transfere a propriedade, o que foi seguido pelas leis belga e italiana. Depois a

experiencia mostrou o perigo que havia em romper com a tradição do Direito Romano, dando ao simples contracto, á simples convenção das partes, a virtude de operar desde logo a transferencia da propriedade, e, assim, foi introduzido, em relação aos immoveis, o instituto da transcrição e o registro hypothecario, tornando dependente desta formalidade a transferencia, para oppor contra terceiros. Esta transcrição é um meio de publicidade, sabiamente imaginado para supprir a tradição, só adoptada em relação aos moveis e aos effeitos de commercio, porque a situação dos immoveis é incompativel com a transferencia manual da propriedade.

Si, em relação aos immoveis, a providencia adoptada em França, Italia, Belgica e entre nós, sanou os inconvenientes do art. 1583, o mesmo não aconteceu em relação á venda dos moveis e dos effeitos de commercio, que não são susceptiveis de transcrição e, em relação aos contractos de compra e venda, continua a balburdia, a confusão, subsistem os inconvenientes que originam o atropello da jurisprudencia, as controversias entre os autores, que adoptam varios expedientes, meios praticos para entender a lei, soluções casuisticas contrarias á doutrina. Pelo facto de se não accrescentar ao contracto de compra e venda um signal exterior que assignale a transferencia, os effeitos desta são incertos e duvidosos.

Segundo o velho direito tradicional que seguimos neste particular e do qual felizmente ainda não nos afastamos, "*traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis, transferentur*", é pela tradição da coisa das mãos do vendedor para as do comprador e pela usucapião que se transfere o dominio das cousas. Esta trasladação da coisa das mãos do vendedor para as do comprador, representa a posse do comprador, o meio de elle attestar, *erga omnes*, a aquisição da propriedade, porque, segundo affirma Von Ihering, a posse não é mais do que a visibilidade do direito.

Das varias theorias que se levantaram sobre a posse, a que por muito tempo foi vencedora, foi a de Savigny, hoje posta de lado, vencida pela razão clara de Ihering.

Segundo Savigny, a posse se compunha de dous elementos: *corpus et animus*. Era, pois, necessario, para que a tradição produzisse a transferencia da posse e induzisse a prova da propriedade, o corpo e o animo. Com muito espirito e verdade, Ihering demonstrou que aquella theoria importava em fazer nascer um dente ao sujeito, para ter o gosto de arrancal-o.

Não são necessarios, é certo, o corpo e o animo, desde que a posse se adquire e se transfere na ausencia destes dous elementos.

Ha duas especies de tradição: a real e a symbolica; aquella é a trasladação material, esta faz presumir a effectiva transferencia da propriedade da coisa.

Na expressão — tradição real — não se deve comprehender apenas, como a alguns escriptores pareceu, e como parece da letra do nosso Codigo, (art. 200), a effectiva e real trasladação do objecto de um lugar para outro, de um poder para outro. Pelo menos no direito moderno, dando embora como novidade a theoria de Ihering, a tradição não deixa de ser real, si no momento não concorrer o *corpus*, na accepção tomada por Savigny.

O caso de que trata o art. 200 n. 1 do Codigo, como sendo tradição symbolica é simplesmente uma tradição real. Segundo Ihering, o estado da posse é o de attestar o direito, é a visibilidade da propriedade, porque ella apresenta a posse ao publico de um modo normal. Em relação aos objectos que se guardam dentro de caixas fechadas, por exemplo, o modo de possuir normal não é sinão o deter o objecto sob chaves, e a entrega destas importa a tradição real do objecto, tratando-se, não de tradição symbolica, como diz o Codigo, mas de tradição real.

O animo não tem importancia alguma tambem, porque, não tendo as chaves, o individuo pode ter quantos animos lhe aprouver, que não entrará na posse do objecto guardado. Si se tratar, porém, de cousas que se costumam ter ou conservar ao ar livre, é claro que se não pode fazer a tradição pelo mesmo modo por que se opera em relação ás cousas guardadas em armazens. Aqui a tradição existe, segundo a natureza da cousa, de modo differente, desde que ella resulta de um facto que permite ao comprador a disposição da mercadoria ou da cousa. Só assim adquirirá o objecto. Si para aquisição da posse, houver necessidade de formalidades, intervirá a tradição real ou a symbolica, segundo o nosso Codigo.

No caso do art. 200 n. 2, não ha uma tradição real, porque o facto de pôr o comprador a marca no objecto comprado, não impede que isto deixe de lhe dar a disposição do mesmo objecto; ha uma tradição symbolica, si o vendedor consentir que o comprador colloque sua marca na mercadoria, porque a marca é o signal da tradição da propriedade.

Quando se trata de uma venda em grosso entre dous commerciantes, o Codigo recommenda (art. 219) formarem-se facturas das mercadorias em duplicata, assignadas pelo vendedor e comprador, as quaes, infelizmente, não se usam no commercio, porque o comprador não as assigna; ellas constituem um titulo de aquisição e de posse da propriedade, e como tal, tornam-se o symbolo da tradição (art. 200 n. S), que, porém, não prevalece, quando ha uma prova em contrario.

A fôrma de tradição a que se refere o art. 200 n. 5, é analogia á transcrição que se opera com relação aos immoveis. Desde que as mercadorias se acham depositadas em estações communs, só pode ter a disposição dellas quem alli for reconhecido como dono, e o meio de adquirir esta posse é a averbação no registro competente, o que, em nossa opinião, é mais do que um symbolo, é uma verdadeira tradição. Por essa fôrma, a tradição real ou symbolica da cousa opera a transferencia

da propriedade e libera o vendedor da obrigação imposta pelo contracto e que se acha contida no art. 197 do Codigo, de entregar ao comprador a coisa vendida, no prazo e pelo modo estipulado.

O vendedor deve resarcir o prejuizo que da sua falta resultar ao comprador, visto como se não dera ainda a tradição da propriedade, havendo apenas um pacto nú, resultante do accordo; si a tradição do objecto se houvesse operado, o comprador teria adquirido a propriedade do objecto, ficando por isso mesmo o vendedor liberado daquelle objecto, restando em favor do comprador o direito de sequela.

No art 198 abre-se uma excepção, para a hypothese da compra e venda a prazo, fiado. A venda é perfeita desde que as partes se accordam na coisa, preço e condições, não podendo arrepender-se uma parte, ficando o vendedor obrigado a dar a coisa ainda que o preço não houvesse sido satisfeito. Pode acontecer, porém, que, nessa venda a prazo, entre a entrega da coisa e o pagamento, o comprador haja cahido em fallencia ou esteja proximo della; neste caso, o vendedor pode reter o objecto, emquanto o comprador não prestar fiança idonea do pagamento do preço no prazo determinado. Parece que esta disposição se refere ao caso de não estar ainda feita a tradição da coisa e, assim, entendem alguns commentadores do nosso Codigo, que se trata de um direito de retenção consagrado pelo art. 23 do Decreto n. 917 de 1890, reproduzido pelo art. 33 da lei n. 859 de 16 de Agosto de 1902 e pelo art. 93 da n. 2024 de 17 de Dezembro de 1908. Com effeito, o art. citado refere-se explicitamente ao art. 198 do Codigo.

Portanto, parece ao autor da lei, que existe um direito de retenção, que é o direito á coisa alheia, que não é, pela nossa legislação, um direito real, e sim um privilegio que vive e desaparece pela existencia da coisa em poder do titular. Si se trata de uma venda a credito, em que não foi feita a tradição, o direito do vendedor será um direito de retenção, ou o exercicio de um direito de propriedade?

Em primeiro lugar, o art. 198 do Código se refere à venda a crédito, a prazo para pagamento e não para a entrega. Na venda a crédito é que há prazo convencionado; a venda à vista está excluída desta hipótese. Em segundo lugar o art. 198 se refere ao caso de mudança de estado do devedor, que é o comprador, a qual se verifica no caso de falência. Em terceiro lugar, devemos ver que a hipótese da resolução do contrato, prevista no art. 204 do Código, não se relaciona com a do art. 198, pois não há, como pensam alguns, uma opção do vendedor entre o direito de resolver a venda e o direito de demandar o comprador pelo preço. No caso do art. 204, o vendedor pode optar, mas no do art. 198, não; o vendedor não tem o direito de rescindir o contrato, pois o Código não o permite, nem, ao menos, lhe dá o direito de optar entre uma coisa e outra. Vejamos, porém, se do texto do art. 198 pode ressaltar esta faculdade.

Se no art. 198 se trata, segundo dispõe o art. 93 da Lei n. 2024 de 1908, de um direito de retenção, pela natureza deste direito não se pode deixar de encarar o facto sob o ponto de vista da transferência da propriedade, pois o direito de retenção é um direito sobre a coisa alheia, um *jus in re aliena* e supõe, na hipótese do art. 198, que se deu a transferência da propriedade, pela tradição da coisa, pelo que, se não houvesse operado a transferência, não poderíamos falar em direito de retenção. É claro que este direito só pode existir quando a propriedade é de outro.

Assim, a disposição do art. 198 compreende-se quando se operou a transferência da propriedade pela tradição. E como esta transferência resulta da tradição ficta, simbólica ou real, é claro que o art. 198 só pode ser entendido quando se trata de uma tradição simbólica, isto é, quando a venda a crédito foi seguida de uma tradição simbólica, sem o que não é possível o exercício do direito de retenção.

Desde que a mercadoria vendida foi entregue ao comprador-devedor e, portanto, lhe foi transferida a propriedade, o vendedor tem contra elle apenas um direito de credito e não pode ser nem credor reivindicante, nem privilegiado como, confusamente dispunham os arts. 76 h) e 78, II, c) da Lei n. 859 de 1902, o que aliás não está reproduzido na lei vigente, que o considera apenas como credor privilegiado, art. 92, 2, a).

Não é credor reivindicante, porque só reivindica quem tem a propriedade, o dominio, estando, porém, privado da posse da coisa. A reivindicação supõe, portanto, dous conceitos: a propriedade e a falta de posse. Pelo que, ou a venda a credito foi seguida de tradição, pela qual o vendedor perdeu a propriedade e a posse da coisa, e então elle não pode reivindicar-a por já pertencer ao comprador; ou então, si ainda a coisa não foi entregue, o vendedor conservando a sua propriedade e posse, não poderá ser jamais um credor reivindicante.

E o privilegio concedido pelos citados art. 78 II, c) e mantido pelo art. 92, 2, a), vai de encontro aos principios que regulam a essencia do proprio direito de retenção. Este é um direito real, *sui generis*, é um *jus in re aliena* de natureza especial, que não é acompanhado do direito de sequela, que, em geral, tem os direitos reaes.

Este direito de detenção está tão intimamente ligado com a idéa de detenção, que della não se separa, e assim, quando a detenção desaparece, immediatamente o mesmo acontece com o direito de retenção. Eis porque os autores costumam dizer que o direito de retenção não dá lugar a uma acção, mas a uma excepção, não é um direito activo, mas sim passivo, apenas pode elle defender-se contra tentativa de terceiros. Assim sendo, admit-tir o exercicio do direito de retenção em circum-stancias de estar a mercadoria em poder do fallido, é admittir um contrasenso; só pode ser entendido quando houve transferencia de propriedade pela tradição symbolica.

143. — Perfeito e acabado o contracto de compra e venda, o vendedor fica obrigado a entregar a coisa vendida no prazo e lugar determinados no contracto. Como sancção desta obrigação legal, o Codigo impõe o resarcimento dos prejuizos, perdas e danos que a falta de entrega da coisa occasionou ao comprador. Como não esteja transferida a propriedade, por não ter havido tradição, o vendedor é apenas obrigado a pagar perdas e danos.

Por outro lado, o comprador, sem justa causa, não pode deixar de receber a mercadoria comprada. Faz-se esta restricção, porque ao comprador assiste o direito de rejeitar a mercadoria, nos casos em que ha vicios redhibitorios, a acção *quanti minoris*, etc.

144. — O art. 205 do Codigo envolve uma questão de importancia extraordinaria. Muitos suppõem que o simples vencimento da obrigação a prazo induz mora independente de interpellação. Quer no direito civil, quer no commercial, não se consagrou o pacto da lei commissoria, não foi seguida nem admittida a maxima do direito romano — *dies interpellat pro homine*, pela qual, o simples vencimento do prazo punha o devedor em mora. Exige-se, para constituir o devedor em mora, a interpellação judicial.

Isto não quer dizer que haja necessidade, em todos os casos, de uma interpellação judicial propriamente dita, porque, nos termos do art. 59 do Regulamento n. 737 de 1850, a citação inicial da propria causa constitue o devedor em mora.

Não é necessario, portanto, que antes da propositura da acção, se faça uma previa interpellação judicial, para os efeitos do art. 205 do Codigo, como têm exigido os tribunaes deste Districto. E' prudente, comtudo, seguir esta praxe, para não se ter o desprazer de ver julgada improcedente a acção, por semelhante motivo infundado.

Feita a interpelação judicial, pode o credor usar da opção que lhe confere o Código, rescindindo o contracto ou demandando o seu cumprimento com perdas e danos.

Nas palavras devedor e credor incluímos o vendedor e o comprador, porque o vendedor é devedor da coisa vendida e o comprador é devedor do preço, e o que fica dito em relação ao devedor e credor, diz-se em relação ao comprador e vendedor, pois que o contracto de compra e venda tendo como objecto obrigar a transferencia da propriedade da coisa vendida ao comprador, mediante o pagamento do preço, que é a compensação, ha, na verdade, uma divida de ambas as partes, ou duas dividas: a do vendedor, que se libera pela tradição real ou symbolica da coisa vendida, e a do comprador, que se desonera pagando o preço.

Assim, pela interpelação judicial, constitue-se em mora o devedor, quer seja elle o vendedor, quer o comprador, pois o comprador é devedor do preço e o vendedor é devedor da coisa. Mas, como a compra e venda é um contracto commutativo, pelo qual se dá uma coisa por outra, ou mediante uma compensação, segue-se que as obrigações de qualquer uma das partes estão tão ligadas uma á outra, que o não implemento da prestação por uma das partes para ser demandado, é preciso que a outra tenha executado a sua prestação. Si assim não demonstrar, o accionado pode oppor a excepção *non adimpleti contractus* ou *non rite adimpleti contractus*.

Com effeito, nos contractos commutativos ha como que uma condição tacita, de natureza resolutiva e que autoriza as partes a não cumprirem a obrigação, desde que a outra parte deixe de cumpril-a.

145. — A venda de mercadorias a granel é feita por amostras, donde se segue a obrigação da entrega de accordo com as mesmas: si acaso não corresponder, o comprador pode optar entre a rescisão do contracto e exigencia de entrar o vendedor com a differença. Assim, uma casa contracta a venda de 50 saccos de café typo 7, na nossa praça, ou

good average na praça de Santos; caso envie ao comprador café typo 8, este pode rescindir o contracto pelo facto de não corresponder a mercadoria ao pedido, ou pode exigir do vendedor a diferença do preço. A mercadoria pedida pode ser enviada *in genere*, ou pode ser feita a remessa de mercadoria diversa da pedida: no primeiro caso, o comprador tem opção, no segundo não existe contracto ou não ha exacto cumprimento do contracto. Pode ainda acontecer ter a mercadoria vicios, apparentes ou occultos, que lhe alterem o valor e então é outra a *hypothese*, porque si o comprador os conhecesse, não teria contractado. Dá-se ahi a acção *quanti minoris*.

Na Europa é muito commum a pratica preconizada pelo art. 201 do Codigo, sujeitando-se as partes ao que é decidido pelos arbitradores, quer quando resolvem o pagamento pelo comprador, quer quando permitem a este engeitar a mercadoria. Ha, portanto, nestas vendas por amostras, uma condição resolutive do contracto que, *ipso facto*, pode ser rescindido quando não houver correspondencia exacta da mercadoria remettida.

146. — A redacção do final do segundo periodo do art. 191, como a de muitos outros, é viciosa, obscura, diz mais do que devia dizer. Por ella se entende que o contracto condicional só se reputa perfeito, depois de verificada a condição.

Entretanto, ha duas especies de condição; e esta disposição não se applica a todas as vendas condicionaes, mas apenas ás sujeitas á condição suspensiva, que é differente da condição resolutive. De modo que, ao contracto feito por amostras, em que ha condição resolutive, seria erro applicar a disposição deste artigo, o que importaria dizer que quando as amostras não correspondessem ao pedido, não haveria contracto.

A condição suspensiva suspende a perfeição do contracto, dependendo esta perfeição de um acontecimento incerto e futuro. Quando se examinar um contracto condicional é, pois, mister ver si a condição é

suspensiva ou resolutiva, o que é da maxima importancia, tanto em theoria como na pratica.

Os contractos podem ser simples e sujeitos a uma condição suspensiva e não resolutiva, que é commum a todos elles. Quando a venda é feita a contento do comprador, por um prazo determinado, por exemplo, ha uma condição suspensiva, é o chamado *pactum displicentiae*.

Não devemos confundir condição com clausula. Nem em direito toda clausula é condição. Assim, a clausula do pagamento a prazo, não é uma condição nem resolutiva, nem suspensiva. Ha contractos de venda a prazo em relação ao vendedor; ha tambem os contractos fiados, a prazo, em que o comprador tem um certo lapso de tempo para pagar, e ha contractos em que existem estas duas clausulas, em relação ao comprador e ao vendedor. Nenhuma dellas, nem mesmo a conjuncção delias importa na existencia de uma condição resolutiva ou suspensiva. Na condição resolutia a falta de cumprimento della pode resolver o contracto. Mas não se pode considerar que a condição resolutiva possa resolver o contracto, pois a lei permite a opção.

147. — Uma vez perfeita e acabada a venda, diz; o Codigo no art. 206 que são por conta do comprador todos os riscos dos effeitos vendidos, logo que o vendedor os põe á disposição do comprador.

A theoria que domina o instituto da responsabilidade da coisa vendida, em nosso direito commercial, corresponde ao principio *res perit domino*, baseia-se na transferencia da propriedade, que importa a transferencia dos riscos, salvo quando ocorrerem estes por negligencia culposa ou por fraude do vendedor, quando o vendedor se torna responsavel. Isso, porém, não constituo uma violação da regra citada, mas um caso especial de responsabilidade por facto illicito, como qualquer responsabilidade por prejuizos causados a terceiro. Para nós é coisa assentada que o pensamento do nosso legislador foi pôr-se de accordo com o principio da transferencia da propriedade e, pois, dos riscos, pela

tradição. Apesar de opiniões de mestres autorizados que nos são contrarias, e do equivoco de Teixeira de Freitas quando trata dos prejuízos, continuamos a pensar que os que seguiram o eminente jurisconsulto foram levados pela disposição analoga do direito francez, sem se recordarem, sem reflectirem que a disposição do codigo francez é logica, segundo o principio do art. 1583.

Nesta questão, é preciso ter cuidado em não seguir, como autorizados na materia, autores que escreveram commentando disposição de lei diversa da nossa, pois frequentemente se cahiria em o equivoco de applicar á exegese do nosso direito, commentarios de direito diverso.

Assim, Didimo da Veiga e Teixeira de Freitas interpretam a Ordenação do Livro 4.º tit.º 8.º, que trata do “perigo ou perda que aconteceu na cousa vendida, antes de ser entregue ao comprador”, de uma maneira diversa do que se devia entender, seguindo a tradição do direito romano. Si houvesse duvida na Ordenação, parece-nos que o nossoCodigo sanou o defeito da lei civil, tornando claro que a transferencia dos riscos da cousa vendida liga-se á tradição e, pois, á transferencia da propriedade. Não se pode entender de outro modo a expressão do art. 206.

Perfeito o contracto, si o vendedor põe a cousa vendida á disposição do comprador, isto só se opera ou pela tradição real, sobre a qual não se discute, ou pela tradição symbolica, em seus diversos modos, segundo o art. 200, porque si se não der qualquer um destes casos de tradição symbolica, mencionados no art. 200, não se comprehende aquella expressão do Codigo, tantas vezes citada.

O art. 200 reputa mercantilmente tradição symbolica cinco casos. Ora, não se comprehende, ou pelo menos, será extraordinario, que o vendedor ponha o objecto vendido á disposição do comprador sem ser pela tradição symbolica, ou pelo menos não escapará ao que diz o art. 219 do Codigo. Si o vendedor é obrigado a dar a factura ao comprador, é

obrigado á tradição symbolica e, pois, põe a coisa á disposição do comprador, querendo

O Codigo assim se referir á tradição symbolica, para transferir a propriedade e a posse da mercadoria; e tanto é assim, quanto logo no art. 207, o legislador usa de expressão equivalente, mas claramente denunciativa da tradição. Seria um absurdo si ellas não significassem a mesma coisa. Portanto, parece-nos que naquella expressão se deve entender algum modo de tradição symbolica capaz de transferir a propriedade, para que se dê a *avertio periculi*.

O Codigo exige que a coisa vendida seja posta á disposição do comprador, não admittindo o simples pacto para transferir a *avertio periculi* ao comprador. Ora, si o nosso Codigo adoptasse o systema do direito francez, aquelle que os jurisconsultos citados pensam corresponder á Ordenação do L. 4 tit. 8.º, não precisava elle empregar aquella expressão, ou então seria uma redundancia, o que não deve haver na hermeneutica juridica, constituindo um vicio.

Não sendo redundancia excusavel, logica ou grammaticalmente, o emprego desta phrase, se-gue-se que além da perfeição do contracto, ha necessidade da tradição real ou symbolica, para a *avertio periculi*.

Este é o principio; mas, na pratica, ha casos em que não basta a tradição symbolica para discriminar a responsabilidade dos riscos soffridos. No art. 207, o Codigo enumera essas excepções: na do n. 1 ha um vicio de redacção, por falta de logica de princípios ou de observação dos mesmos. Assim, em um armazem, em que ha 1.000 saccas de café, são compradas por alguém 100 dellas; o armazem incendeia-se. Por conta de quem hão de correr os riscos ? Parece que devem correr por conta do vendedor, que tinha obrigação de guardal-as bem. Examinando, porém, com attenção o disposto no art. 207 n. 1, vê-se que o caso não é de excepção, entrando sim, na regra do art. 206, visto não ter havido

tradição real nem symbolica; e ahi é que se acha o vicio, pois tal disposição é desnecessaria. No n. 2 trata-se do *pactum displicentiae*, a que já nos referimos, havendo uma condição suspensiva: como não chega a haver a transferencia da propriedade da mercadoria, os riscos correm por conta do vendedor. Não é tambem uma excepção á regra do art. 206, o que constitue um vicio de redacção.

A disposição do n. 3 tem a mesma razão de ser que as outras e baseia-se no principio *genus nunquam perit*. Quando se vende um genero, não se pode determinar o objecto; ha uma condição suspensiva até á verificação da qualidade e quantidade do objecto. Antes de se pesar, contar, medir ou gostar, não ha certeza do objecto, não ha, pois, objecto, e sendo assim, a *avertio periculi* corre por conta do vendedor.

Todas estas disposições, como vemos, se enquadram na nossa theoria, pela qual a *avertio periculi* está em harmonia com o principio da transferencia da propriedade e de que *res perit dominio*.

No caso do n. 4, já pela violação do contracto, o vendedor assume a responsabilidade dos riscos e então ha duas hypotheses: ou o comprador rescinde o contracto feito, ou a venda está perfeita, a tradição feita, e o vendedor neste caso assume a responsabilidade dos riscos como um depositario, pelo principio de que quem causa um prejuízo a outrem, é obrigado a indemnizal-o. Não se objecte a regra do direito romano *debitor rei certae fortuito rei liberatur*, segundo a qual o devedor ou quem deve uma coisa certa libera-se do risco no caso fortuito porque, justamente na determinação da coisa, se deve considerar o que dissemos em relação ás hypotheses dos n.ºs. 1, 2 e 3 do art. 207. O principio de direito romano refere-se ás mercadorias vendidas de modo determinado e certo, trata-se de um corpo certo, e dando-se a transferencia da propriedade pela determinação do objecto, entretanto, este caso não pode ser levado em conta para ser opposto á disposição do art. 207 que exige a transferencia da propriedade pela tradição.

Não basta, pois, como parece daquelle principio, que se dê a determinação do objecto para que o comprador responda pelos riscos, porque o art. 206 não se contenta com a perfeição do contracto e exige a transferencia da propriedade, para que o comprador se responsabilise pelos riscos.

Ha um caso, o do art. 208, que parece fazer excepção ao principio, mas aparentemente, apenas. Primeiramente, a venda a esmo ou por partidas inteiras, como qualquer outra venda, posto que perfeita e acabada, não produz a transferencia da propriedade sem a tradição real ou symbolica. Não se infira do silencio do Codigo a este respeito neste artigo, o principio de que elle dispensou a tradição real ou symbolica; não era preciso repetil-o mais uma vez, depois de ter estabelecido os principios e ainda mais porque este e outros casos estão sujeitos ao art. 206. Depois, a hypothese do Codigo ahi é a de culpa do comprador e é identica ao caso de recusa da cousa por parte do comprador, sendo então responsavel o culpado, *verbi gratia*, o comprador.

Não é, pois, uma excepção; é antes uma consequencia logica do principio. Resumindo, diremos estar convencidos que nenhuma das disposições do Codigo está em desaccordo com a doutrina de que a transferencia dos riscos se harmoniza com a da propriedade e em que *res perit domino*, e as excepções que parece haver, não são sinão mais uma confirmação deste preceito; por um principio de equidade ainda, ninguem pode locupletar-se com a jactura alheia, nem ninguem ficar impune pelos prejuízos causados a terceiro.

148. — Os arts. 210 e 209 do Codigo englobam as duas acções redhibitoria e *quantum minoris*. O comprador tem o direito de engeitar a mercadoria, rescindindo o contracto, quando elle encontrar vicios occultos que alterem o seu valor ou que a tornem impropria do uso a que era destinada. No primeiro caso não há sinão uma acção *quantum minoris*, e o comprador tem direito ao abatimento do preço. Não devemos

confundil-os com o instituto da lesão do direito civil, consagrado na Ordenação do Livro 4.º tit. 13, pois, segundo o art. 220 do nosso Codigo, a rescisão por lesão não tem lugar nas compras e vendas celebradas entre pessoas todos commerciantes, salvo provando-se erro, fraude ou simulação. A propria Ordenação do Livro 4.º tit. 13, que disciplina aquelle instituto, e segundo a qual são annullados os contractos em que o vendedor for enganado além da metade do justo preço, excepçiona no § 8.º os peritos, os officiaes que trabalham em seu officio. A estes é vedada tal reclamação, pois devem estar bem instruidos, como mestres de sua arte, sobre o verdadeiro preço de taes obras. Quer dizer que o instituto da lesão tem por fim beneficiar o vendedor contra a ignorancia que o tem levado a vender sua mercadoria por um preço inferior ao que tinha e por que podia ser vendida. Mas, tratando-se de pessoas commerciantes, este instituto não teria razão de ser, pois a Ordenação já excepçionara os officiaes em obras de seu officio, e portanto, a jurisprudencia não podia deixar de comprehender entre elles as pessoas dos negociantes, e assim estes se não podiam chamar á ignorancia.

Além desta causa, ha um motivo de conveniencia mercantil, muito superior áquella primeira razão, que é o dos transtornos que occasionaria tal cousa, isto é, a annullação dos contractos por causa da differença dos preços. Áttendendo exercer-se o commercio sobre bens moveis e que a facilidade de circulação é o seu principal objecto, é claro que esta circulação era prejudicada pelo direito que teria o vendedor de pedir indemnização. Portanto, neste caso, a lesão é repellida pelas duas legislações.

O nosso Codigo fez, porém, uma limitação, isto é, restringiu aos contractos em que todas as partes forem commerciantes. Si em um contracto, uma parte não for commerciante, e si esta for lesada, para ella o Codigo dispõe que o direito de indemnização lhe assiste.

XXVII

Pessoas auxiliares — Gerentes e caixeiros — Corretores e agentes de leilão — Locação de serviços — Empreiteiros.

149. — Além dos commerciantes, isto é, daquelles que exercem o commercio em seu proprio nome e por sua propria conta, temos a considerar os individuos sem cujo auxilio elles não podem passar e que portanto precisamos conhecer: os auxiliares de commercio.

O Codigo Commercial, no Titulo III art. 35, falla desses auxiliares.

Não seguiremos, porém, a ordem do Codigo, porque não estamos fazendo analyse de seus arts. e sim uma exposição da doutrina do Direito Commercial.

Para estudarmos os auxiliares de commercio dividil-os-emos em duas classes: dos agentes permanentes e dos agentes momentaneos e temporarios. A primeira classe se subdivide em agentes permanentes fixos ou internos e externos.

A primeira classe é a mais geral e numerosa, porque é raro o commerciante que pode dispensar esses agentes, enquanto que os da segunda são pouco numerosos e dispensaveis e não são necessarios a todos os negociantes, servindo mais para auxiliar o grande commercio.

Eis porque vamos estudar primeiro os agentes permanentes de commercio: feitores, guarda-livros e caixeiros (art. 35 n. III).

O instituto que vamos estudar tem soffrido e continua a soffrer grandes modificações no Direito Commercial e essas modificações mais se accentuam na especificação das funcções dos agentes de commercio, para assim esclarecer os seus encargos e destacar os que têm funcções de mandato dos simples locadores de serviços.

Com effeito, a pratica condemna logo a diversidade de especies de agentes auxiliares de commercio, mesmo nos da primeira classe de que tratamos.

A necessidade que tem o commercio de estender as suas operações para fóra de sua sede e os riscos que corre o commerciante respondendo pelos actos de agentes que mal conhece, determinaram essa diversidade de funcções e os levaram a uma resolução que tem por fim limitar a responsabilidade do negociante e o character do agente.

Havendo commerciantes que têm mais de um estabelecimento e casas que exploram mais de um ramo de negocio, foi necessario crear uma classe de individuos: feitores ou melhor gerentes, para dirigir essas diversas filiaes.

É necessario, comtudo, distinguir entre gerente de uma casa e os caixeiros que têm funcções technicas determinadas.

Ha, com effeito, agentes ou auxiliares permanentes que representam a pessoa do chefe em todos ou em certos negocios, ha outros agentes que não têm funcções de representação, mas sim de mandatario para certos negocios e ainda outros que, não sendo mandatarios, em certos negocios são considerados como taes e, por fim, aquelles que nem têm essa parcella de representação e não têm mais que a simples funcção de caixeiros.

Nas subdivisões da primeira classe vimos que se continham os auxiliares que exercem funcção no proprio estabelecimento ou internos e os auxiliares externos.

Nesta ultima sub-classe ainda temos a distinguir os agentes que representam determinado negociante e aquelles que representam diversos negociantes.

O augmento sempre crescente do desenvolvimento do commercio e as garantias necessarias para se fazer a collocação de mercadorias em praças distantes, foram as razões que determinaram a especialização das funcções dos agentes auxiliares de commercio, sendo á primeira vista difficil distinguir a funcção juridica de cada um delles.

Si fossemos seguir o Codigo, teriamos embaraço em harmonizar a lei com os interesses dos commerciantes. Considerando sob o ponto de vista antigo, os agentes auxiliares de commercio precisariam, para entrar em funcção, de nomeação escripta (art. 74 do Codigo).

O Codigo ainda se deixou levar pela idéa de que todo o representante de commercio é um mandatario e assim não podia dispôr contra o art. 140, deixando de exigir dos auxiliares o documento comprovativo de suas funcções.

A doutrina e a pratica do commercio, porém, não confundem mais o mandato com a representação e admittem a representação independentemente de documento escripto.

Não só a jurisprudencia conseguiu modificar o art. 74, admittindo que os caixeiros pudessem exigir dos patrões a indemnização pelos serviços prestados independentemente de documento escripto, como tambem considerando o dito artigo sob aspecto diverso.

Dos agentes commerciaes que agem dentro do estabelecimento, nem todos se podem considerar mandatarios, embora na pratica se possa estender a todos os empregados uma parcella de representação. A doutrina dá essa representação a certos individuos, chamados os gerentes.

Estes têm funcções de mandatario, de representante do chefe da casa, enquanto que outro qualquer auxiliar só representa o chefe no ramo de serviço que lhe foi confiado. De maneira que, o que geralmente

se chama feitor ou gerente de uma casa é differente daquelle que dirige ou administra uma parte do negocio ou sua parte technica.

Os guarda-livros e em geral os caixeiros, encarregam-se do serviço interno do estabelecimento ou auxiliam o negociante nas suas transacções diarias.

Como extensão do principio da representação, o mandato tacito decorrente da nomeação do caixeiro, habilita aos terceiros a considerarem responsaveis os chefes por certos actos desses caixeiros.

O Codigo só considera os chefes responsaveis pelos actos de seus caixeiros, quando praticados dentro do disposto do art. 75.

A doutrina e a jurisprudencia, porém, evoluíram depois do Codigo, de sorte que hoje se consideram os chefes da casa responsaveis mesmo por certos actos de seus caixeiros praticados fóra do estabelecimento, independentemente de autorização escripta, desde que estejam dentro do gyro de seu commercio e dentro das suas attribuições.

Basta observarmos a pratica commercial, para vermos como ella se distancia do preceito do Codigo, pois si assim não fosse, que seria da boa fé que preside ás relações commerciaes?

Si para qualquer transacção fosse necessario ao agente, documento escripto comprobante de suas funcções, haveria, além de grande complicação, uma demora que não se coaduna com a rapidez das transacções commerciaes.

Portanto, desde que se reconhece o individuo como empregado da casa e que tem attribuições para fazer o que faz, não se lhe pode negar o direito de negociar em nome de seu patrão.

Sem precisar de documento escripto, a pratica commercial attribue a cada um desses empregados a sua funcção propria e o que elles fizerem dentro della é perfeitamente valido.

E os actos por elles praticados são ratificados tacita ou expressamente, tanto pelo assentamento das suas transacções nos livros, como pela remessa das facturas feitas por esses empregados.

Por isso se reconhece quanto a pratica commercial desenvolveu a disposição do Codigo sobre a validade dos actos dos empregados, e si assim não fosse a vida commercial seria difficil, sinão impossivel, ou haveria necessidade de reformar o Codigo. Temos, como dissemos, os auxiliares permanentes e os temporarios ou momentaneos. Temos, entre os primeiros, os gerentes, os guarda-livros, os caixeiros do estabelecimento e os outros que trabalham fóra, nas agencias, que tambem podem ser gerentes, caixeiros e guarda-livros.

Esses gerentes externos ainda têm mais responsabilidade que os gerentes da casa principal, pois se presumem plenamente autorizados a representar o chefe em todas as relações commerciaes.

Em relação aos actos propriamente de commercio, o gerente agindo dentro da esphera de suas attribuições, responsabiliza o chefe principal.

150. — A segunda classe dos mandatarios compõe-se de certos individuos que exercem funcções auxiliares, mas não de um só negociante, encarregando-se de transacções commerciaes de varios delles.

O Codigo só se occupa dós corretores, trapicheiros etc. (art. 35), mas a classe dos agentes commerciaes é muito numerosa.

Ha uma certa classe delles que deixa de ser de auxiliares de commercio para vir a formar uma classe especial: a dos commissarios,

que não tendo verdadeira figura jurídica, é negada por diversos autores a sua função.

A princípio, cada negociante que tinha necessidade de operar fóra da sede, tinha representantes especiaes que operavam por sua conta e depois prestavam contas e são esses os verdadeiros auxiliares de commercio.

Com o desenvolvimento do commercio e a necessidade de entreter relações com praças distantes, e dando as filiaes muita despesa com empregados, casa e riscos do negocio, então se foi formando uma classe especial para tratar desses negocios: os commissarios.

Dos agentes auxiliares momentaneos ou temporarios os mais importantes são os corretores e os agentes de cambio.

Os corretores são incumbidos de comprar e vender titulos de credito por conta de terceiros, e a sua função é de approximar o vendedor do comprador, mas sem que qualquer delles conheça o outro, pois lhe é permittido occultar o nome do committente.

Por isso se tem levantado a questão de se saber si o corretor é negociante. Dizem alguns escriptores que sim, pois pela lei de fallencias o corretor que quebrar, e pode-o ser fraudulentamente, obriga os seus bens e fica submettido á legislação commercial.

Mas pela doutrina que adoptámos, vemos que elle não é commerciante, pois o que faz e ganha não é uma especulação, mas simplesmente o premio de seu trabalho, não correndo o risco do negocio.

Além disso, embora occultando o nome do committente, sabemos que elle age em nome e conta de terceiro e, concluida a operação, já não tem responsabilidade.

O dizer a lei de fallencias que o corretor pode quebrar fraudulentamente, não quer dizer que elle seja commerciante e sim que ha uma sancção para os seus actos e desde que nestes exista dolo, fraude ou culpa, elle está sujeito por esses crimes á legislação commercial, e não por ser negociante, de accordo com a theoria dos accessorios.

As funções de corretor são funções de mediação entre duas pessoas, em geral negociantes, afim de as approximar para poderem negociar.

O corretor ordinariamente não conclue a operação, approxima simplesmente os dous individuos, dá as informações necessarias á conclusão do negocio, mas a sua vontade não intervem na occasião e sim a dos negociantes. E' preciso a vontade destes, ao contrario dos outros agentes de commercio, embora elle seja ás vezes obrigado a assistir a toda a operação.

As suas funções não são de mandato, pois não pratica as funções juridicas de mandatario e não conclue a operação.

A função de corretor é livre em alguns paizes e em outros é privilegiada, como no nosso, isto é, não é qualquer que a pode exercer, sendo necessarias as condições doCodigo. O Decreto n. 2475 de 13 de Março de 1897 regulou novamente as condições dos corretores, augmentou os seus privilegios, vedando a quaesquer pessoas negocio entre si sobre fundos publicos, sem sua intervenção.

As funções de corretor são privativas no nosso Direito, mas isto não vae até o ponto de impedir que duas pessoas façam entre si uma troca de fundos e, portanto, um acto isolado de corretagem.

O Decreto n. 4985 de 13 de Outubro de 1903 corrigiu o defeito do Decreto de 13 de Março de 1897, dando a duas pessoas o direito de fazer troca de fundos, desde que ambos sejam os interessados.

São, porém, da competencia exclusiva dos corretores as operações cambiais, afim de evitar a jo-gatina que é sempre prejudicial e ruinosa ao com-mercio, contrariando a sua liberdade. O governo interveiu a bem do publico para impedir o jogo chamado: transações de diferenças.

Assim, o uso legitimo da cambial estava dado aos agentes de cambio que, apoiados nos bancos estrangeiros, offereciam mais cambiais do que realmente havia no mercado, especulando assim sobre as diferenças de cambio.

Para cohibir esse abuso o governo decretou a nullidade dos contractos differenciaes, a obrigação da intervenção dos corretores; o sello etc.

Ha tres especies de corretores: de fundos, de mercadorias e de navios.

Os primeiros são os mais importantes, pois que operam sobre os titulos de divida publica federal, municipal e até estadual, sobre acções e debentures de companhias, etc, operando, portanto, com grandes capitaes.

A outra classe de auxiliares de commercio que se acham nas condições dos corretores é a dos agentes de leilões, dos quaes tratam os arts. 68 e seguintes do Codigo. Os agentes de leilões são verdadeiros mandatarios, mas não permanentes, só para determinados negocios, são occasionaes, compram e vendem não em seu nome, mas em nome de seu committente, que são obrigados a declarar.

151. — Todos os auxiliares de commercio, permanentes ou occasionaes, têm sempre um contracto com o commerciante, pelo qual se obrigam a prestar certos e determinados serviços, de sorte que elles têm entre si obrigações reciprocas.

Quasi todas as definições que se encontram não dão a diferença perfeita entre mandatario e locador de serviços, apontando como diferença a gratuidade ou onerosidade dos contractos; mas essa diferença não serve, porque todo o contracto commercial se presume oneroso.

A locação de serviços, em geral, se divide em dous ramos: locação de cousas e locação de obras ou serviços.

Si em relação á locação de cousas são inapplicaveis as disposições sobre o mandato, ha, porém, outras vezes em que a locação é regida pelas disposições do mandato.

A locação de serviços é mais lata que o mandato. O art. 99 e seguintes tratam daquelles que fazem contracto de recovagem. A maior parte das disposições do Codigo a esse respeito são applicaveis ás estradas de ferro. Na recovagem não ha nenhuma idéa de mandato e no emtanto ha de locação de serviços, porque o individuo que transporta as mercadorias faz um contracto com o pro-duct.or com o fim de se obrigar a usar dos seus meios de transporte para levar a mercadoria ao lugar convencionado. Nesses agentes recoveiros existe um contracto de locação em que não ha mandato, donde deduzimos que ha muitos casos de locação de serviços em que não ha mandato.

Parece, portanto, sem entrar em analyse detalhada da opinião de varios autores, acceitavel aquella que diz que na locação de serviços a representação, quando ha, é accessoria, emquanto que no mandato é obrigatoria.

Além disso, no contracto de locação de serviços tem-se em vista sómente as condições estabelecidas entre o locador e o locatario, emquanto que no contracto de mandato ha em vista um terceiro.

152. — Entre os locatarios de serviços que não exercem função de representação, que são pura e simplesmente locatarios de serviços, podemos tratar agora de uma classe das mais importantes e das mais uteis, que é a dos empreiteiros de obras (art. 226).

O Codigo confunde locação de serviços com locação de cousas, quando, no entretanto, ha grande differença entre ellas. Bastaria dizer que na locação de serviços ha algumas vezes mandato, emquanto que na de cousas nunca.

O Codigo dá como caracter da locação de serviços o preço certo e o tempo determinado (art. 226), de sorte que tira de entre ellas as que não preencherem essas condições. E no entretanto, os empregados de commercio em sua quasi totalidade, não têm tempo determinado de serviço e são comtudo locatarios de serviços. A mercantilidade de um contracto deve ser caracterizada pela natureza juridica de suas funções e não por esses caracteres secundarios. Fallamos sob o ponto de vista doutrinario, pois que, na pratica, a jurisprudencia acceita esses caracteres.

Tendo em vista o art. 231 do Codigo, ha contracto de locação de serviços e contracto de venda por fornecimento de materiaes. Essas locações é que se chamam verdadeiramente empreitadas, mas não são só esses os empreiteiros.

Tambem se considera empreiteiro, segundo a nossa lei, aquelle que contracta com alguem o seu trabalho ou o dos seus operarios, por preço certo e tempo determinado.

Ha, pois, duas classes de empreiteiros.

Ha tambem duas especies de empreitada: a dos que fornecem sómente o seu trabalho e a dos que fornecem o trabalho de seus operarios.

No primeiro caso temos sómente o trabalho pessoal, mas no segundo o individuo especula com o trabalho alheio.

Temos assim a empreitada commercial e a não commercial.

Ha, por fim, a classe dos empreiteiros que fornecem sómente o seu trabalho e o dos seus operarios e a daquelles que além disso fornecem o material necessario, o que é uma verdadeira venda.

Na pratica ha grande incerteza na discriminação das classes e a jurisprudencia tambem tem luctado com difficuldades, principalmente quando os empreiteiros querem fugir á sua responsabilidade.

A disposição do art. 236 parece não consultar os requisitos mais rudimentares do direito dos contractos, permittindo que haja a rescisão por vontade de uma só das partes, sancionando como que a violação do contracto.

Attendendo, porém, ás circumstancias especiaes do contracto de locação e attendendo á disposição que faz com que o dono da obra pague ao empreiteiro tudo o que fez e tudo o que podia ganhar na obra, não ha razão para negar ao proprietario o direito de rescindir o contracto, desde que o dito empreiteiro alcance o fim a que se propunha: o lucro.

Mas como se deve entender a disposição para que o empreiteiro não possa ser prejudicado pela rescisão do contracto? O art. 237 explica-o.

Temos pois a empreitada global e a empreitada conhecida por — *par devis et marché* — como nas estradas de ferro, em que se paga á medida que se faz a obra.

Paga-se por unidade, para a qual se estabelece preço.

Pelo que diz o art. 237 parece que se tira ao empreiteiro o lucro que podia esperar si a obra se concluísse.

Nesse contracto se dá o mesmo que no contracto de compra e venda por numero, peso ou medida, em que se paga por unidade comprada, e assim sendo, no orçamento feito da unidade adoptada, já está incluído o ganho e portanto a rescisão não vem prejudicar o empreiteiro.

FIM

INDICE

Pags.

Prefacio	3
----------------	---

Introdução

I — Do commercio em geral, definição e historia. — Evolução do contracto, parallelismo entre essa evolução e a do commercio. — Theoria das obrigações. — O contracto como fundamento racional do Direito	16
II — Industria e suas divisões — Objecto da industria commercial e do Direito Commercial. — A unidade do Direito Privado. — Razões historicas da formação especifica do Direito Mercantil.— Tendencias do legislador brasileiro para a unidade do Direito Privado.....	32
III — A autonomia do Direito Mercantil no estado actual da Sciencia e da legislação. — Theoria dos actos do commercio	40
IV — Historia da legislação commercial e das suas fontes actuaes. — Usos, costumes e convenções.....	47
V — Relações do Direito Mercantil com a Economia Politica e outros ramos do Direito. — Direito Civil. — Direito Administrativo. — Direito Penal. — Direito Publico Internacional: a) em tempo de paz; b) em tempo de guerra. — Direito Internacional Privado. — Theoria dos Estatutos. — Regime Consular	55

Parte Primeira

DO COMMERCIO EM GERAL

Secção 1ª — Das Pessoas

VI — Comerciantes, pessoas individuaes e collectivas. —Condições exigidas para ser commerciante. — Capacidade. — Menores e mulheres casadas. — Obrigações dos commerciantes. — Vantagens e privilegios. — Prova dos livros commerciaes.....	64
VII — sociedades commerciaes, definições, condições organicas, especies. — Personalidade. — Associações sem personalidade juridica. — Sociedades de facto.....	69
VIII — Sociedades de pessoas, a) em nome colectivo; b) em commandita simples; c) de capital e industria	78
IX — Sociedades de capital; a) sociedades anonymas; b) commanditas por acções — Sociedades mixtas	93
X — Participações. — Parcerias maritimas	114

SECÇÃO 2ª — Dos Contractos

XI — Theoria dos contractos mercantis, in genere.....	118
XII — Contractos sobre dinheiro ou credito. — Cambio, papeis e effeitos commerciaes como instrumento de transporte de dinheiro. — Moeda. — Letra de cambio. — Nota promissoria	140
XIII — Papeis ou effeitos como instrumento de credito a longo prazo. — Titulos nominativos, à ordem e ao portador	159
XIV — Conta corrente, estado e contracto. — Theoria do cheque no Direito Brasileiro	174

Parte Segunda

DO COMMERCIO MARITIMO

Secção 1ª — Do Navio

XV — Navio, sua natureza physica e juridica. — Navios nacionaes e estrangeiros. — Registro e matricula.....	181
XVI — Propriedade do navio, modos de adquiril-a e de perdel-a. — Venda do navio	192
XVII — Relações dos proprietarios do navio entre si. — Simples comunhão. — Parceria maritima. — Sociedades e companhias de commercio maritimo.....	199
XVIII — Responsabilidade dos proprietarios pelos actos do capitão e da equipagem. — Abandono liberatorio.....	209
XIX — Do capitão ou mestre e da equipagem. — Direitos e obrigações do capitão	216

Secção 2ª — Dos Fretamentos

XX — Natureza e fórmula do contracto de fretamento. — Cartas partidas. — Direitos e obrigações do fretador e do afretador	222
XXI — Dos conhecimentos	228

Secção 3ª — Do Contracto de Seguro Maritimo

XXII — Da natureza e fórmula do contracto de seguro maritimo	234
XXIII — Dos direitos e obrigações do segurador e do segurado. — Do abandono.....	251

Secção 4^a — Das Avarias

XXIV — Da natureza e classificação das avarias. — Da avaria grossa e avaria simples	261
---	-----

Parte terceira

DA FALLENCIA

XXV — O estado de fallencia, elementos constitutivos e meios judiciais para a sua realização	268
XXVI — Contractos sobre mercadorias. — Compra e venda	279
XXVII — Pessoas auxiliares. — Gerentes e caixeiros. — Corretores e agentes de leilão. — Locação de serviços. — Empreiteiros.....	299